



**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS PARA DETERMINAR LA FILIACIÓN  
JURÍDICA EN CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA, EN RESGUARDO DE  
LA IDENTIDAD E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

Tesis presentada por la bachiller en derecho:

**ROSANGELA PAOLA SALINAS CUADROS**

Para optar el título profesional de “Abogado”

**Asesor:** Mg. César Augusto De la Cuba Chirinos

**AREQUIPA, 2019**

## **Dedicatoria**

Todo gran esfuerzo se logra en compañía de personas queridas y con la ayuda de nuestro Padre Celestial. Quiero dedicar este trabajo a Dios por darme salud y regalarme la compañía de grandes amigos y familiares en estos años de estudio.

A mi madre Miriam, por su amor incondicional, por sus consejos y apoyo, porque nunca dejó de darme su mano cada vez que me sentía flaquear.

A mi padre Raúl y a mi hermana Karen que ahora cohabitan con Dios, gracias por creer en mí.

A mis tíos Francisco y Celmira, por brindarme su apoyo, gracias por su cariño y porque a pesar de la distancia siempre estuvieron pendientes del camino que decidí seguir. Papá, ve gozosamente que ustedes siguen velando por nosotras.

Y finalmente pero no menos importante, dedico esta tesis a mi motor y motivo Leonardito, para que veas en mí un ejemplo a seguir.

## ÍNDICE

RESUMEN.....	1
INTRODUCCIÓN .....	2
CAPÍTULO I. LA FAMILIA Y EL PARENTESCO EN EL PERÚ .....	4
1. ¿Qué es la familia? .....	4
1.1. Noción de familia .....	4
1.2. Familia: Funciones .....	6
1.3. Familia: Naturaleza jurídica .....	9
1.4. Tipos de familia.....	11
1.4.1. Entidades familiares explícitas .....	11
1.4.2. Las uniones de hecho. – .....	12
1.5. La familia en nuestra legislación peruana .....	13
1.5.1. A nivel constitucional.....	13
1.5.2. A nivel legal .....	14
2. Los principios constitucionales aplicables en derecho de familia.....	15
3. El parentesco en el entorno de la familia .....	18
3.1. Definición del parentesco.....	18
3.2. Naturaleza Jurídica.....	19
3.3. Alcances del parentesco .....	20
CAPÍTULO II. LA FILIACIÓN Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR .....	22
1. Filiación.....	22
1.1. Concepto .....	22
1.2. Tipos de filiación.....	23
1.2.1. Filiación matrimonial .....	23
1.2.2. Filiación extra matrimonial .....	25
1.2.3. Filiación por adopción.....	25
1.2.4. Problemas de filiación en caso de maternidad subrogada .....	26
1.3. Efectos de la filiación .....	28
2. Derecho a la Identidad del Menor .....	28
2.1. Identidad Personal .....	28
2.2. Facetas de la identidad personal.....	29
2.3. Derecho a la Identidad Personal.....	30
2.4. Protección jurídica.....	31
2.5. Derecho a la Identidad como manifestación de la dignidad humana. ....	33
3. Filiación y la identidad del menor .....	34

3.1.	Filiación matrimonial y su identidad.....	34
3.2.	La filiación extramatrimonial e identidad del menor .....	35
CAPÍTULO III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO PRINCIPIO .....		38
1.	El principio del interés superior del niño .....	38
1.1.	Concepto .....	38
1.2.	Funciones principales.....	39
1.2.1.	Es un derecho sustantivo .....	39
1.2.2.	Es un principio jurídico interpretativo fundamental.....	40
1.2.3.	Es una norma de procedimiento .....	40
1.3.	Obligados por el Principio de Interés Superior del Niño .....	42
1.4.	Regulación jurídica a nivel internacional y nacional .....	42
1.4.1.	A nivel internacional .....	43
1.4.2.	A nivel nacional .....	44
1.5.	Otros principios conexos con el Principio del Interés Superior del Niño .....	45
CAPÍTULO IV. MATERNIDAD SUBROGADA .....		50
1.	Técnicas de Reproducción Asistida .....	51
1.1.	Concepto .....	51
1.2.	Tipos de reproducción asistida.....	53
1.3.	Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro.....	53
1.4.	La problemática de la inseminación artificial y la fecundación in vitro .....	55
1.5.	Diferencia entre la fecundación in vitro y la fertilización en la mujer .....	57
2.	Maternidad subrogada.....	59
2.1.	Conceptualización.....	59
2.2.	Tipos de maternidad subrogada.....	59
2.3.	Problemas en la maternidad subrogada.....	61
2.3.1.	Maternidad subrogada como contrato .....	62
2.3.2.	El niño como objeto de litigio .....	64
2.3.3.	Vulneración de la dignidad.....	65
2.3.4.	¿Libertad o dignidad?.....	66
CAPÍTULO V. CRITERIOS PARA ESTABLECER LA FILIACIÓN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA .....		68
1.	La situación de la maternidad subrogada en Perú .....	68
2.	Casos judicializados relacionados con maternidad subrogada en Perú.....	75
2.1.	Sentencia en el Expediente N° 00113-2006-0-1801-JR-FC-15, impugnación de maternidad y maternidad subrogada .....	77
2.2.	Casación N° 5003-2007-Lima. Impugnación de maternidad, ovodonación y maternidad subrogada .....	81

2.3.	Casación N° 4323-2010-Lima de nulidad de acto jurídico de Reconocimiento de Hijo por Ovodonación. ....	85
2.4.	Casación N° 563-2011-Lima. Adopción excepcional y maternidad subrogada.....	89
2.5.	Sentencia del Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05. Maternidad Subrogada e inscripción en RENIEC .....	93
2.6.	Caso de los chilenos Jorge Tovar y Rosario Madueños .....	98
3.	Criterios para establecer la filiación en la maternidad subrogada .....	101
3.1.	La verdad biológica.....	101
3.2.	El interés superior del niño.....	104
3.3.	La psicoafectividad. Deseo de ser madre .....	108
3.4.	La identidad de los niños.....	111
	CONCLUSIONES .....	114
	BIBLIOGRAFÍA.....	116

## RESUMEN

Actualmente existe un vacío legal en nuestra legislación acerca de la **maternidad subrogada**. Por ello, nos vemos obligados a analizar los criterios para determinar la filiación jurídica, es decir, quién será la madre del niño nacido en un vientre “alquilado”, todo esto en resguardo de la Identidad e Interés Superior del Niño. Por lo que analizaremos los criterios de filiación que fueron utilizados en los casos existentes en nuestro ámbito nacional y que han sido vistos en los Juzgados, Salas Superiores y Salas Supremas de nuestro país para luego aportar los criterios que consideramos necesarios para determinar la filiación.

Con el fin de que los lectores puedan conocer los pasos para llegar a probar nuestra hipótesis, consideraremos los diferentes conceptos que están vinculados al tema, iniciando un breve recuento de los conceptos de familia, filiación, identidad e interés superior del niño y maternidad subrogada, para luego llegar a los criterios necesarios que deberán tomar los Jueces para declarar la filiación con la madre afectiva y no biológica (quien da a luz).

## INTRODUCCIÓN

Con la finalidad de ayudar a procrear a las parejas naturales (hombre y mujer) con problemas de infertilidad dentro del matrimonio o unión de hecho, es que se ha recurrido a las técnicas de reproducción humana asistida. Gracias al avance de la ciencia-tecnológica, ha surgido la llamada “maternidad subrogada” o también conocida como “vientre de alquiler”, donde interviene como tercero la madre portadora, madre gestante o madre incubadora, que presta su vientre sin que sus gametos (células sexuales que se encargan de la reproducción, siendo gametos femeninos los óvulos y gametos masculinos los espermatozoides) estén involucrados.

Por estas razones, actualmente ya no se usa de manera absoluta el principio romano *mater semper certa est, etiam si vulgo conceperit*, principio que queda desfasado en la actualidad pues, hoy en día vemos que la madre no es la misma que gesta o da sus gametos para concebir al niño.

Como veremos en los casos resueltos por el Poder Judicial de nuestro país, los matrimonios en donde la mujer no puede gestar a un niño de forma natural, accede a la maternidad subrogada como solución a sus problemas, sin embargo en estos casos las criaturas, tienen que ser sometidas a un proceso de filiación ante los tribunales para determinar quién será su madre pues al momento de su nacimiento se registra como madre a quien lo gesta, desconociéndose en la mayoría de casos a la madre biológica .

Por ello en la presente investigación, solamente nos ocupamos de la determinación de los criterios de filiación que se debe adoptar en el momento de registrar a la madre del recién nacido, velando de esta manera y cumpliendo con el Principio de Interés Superior del Niño.

Si se aplican estos principios podremos resguardar su identidad y se verá demostrado en los fallos emitido por los diferentes juzgados y salas de la Corte Suprema.

Así mismo planteamos como objetivo, determinar los criterios de filiación para establecer quién es la madre del niño en los casos ya existentes en los que optaron por la maternidad subrogada, y más específicamente establecer los criterios de la filiación que se deben adoptar luego de un análisis de los criterios ya utilizados hasta el momento.

Por último, en el trascurso de la investigación optamos por reconocer a la madre biológica (en caso que sea ella quien otorgó sus gametos) y también a la madre afectiva, quien es la que tuvo el deseo de ser madre, siempre y cuando la madre afectiva tenga un problema de salud irremediable que le impida gestar al niño, que no exista contraprestación alguna y que el gameto donado no sea de la madre gestante.

Debemos señalar que, si bien este trabajo de investigación versa sobre la determinación de los criterios que se deben adoptar en los casos de maternidad subrogada, no significa que se esté de acuerdo con dicha técnica de reproducción asistida. No se pretende modificar ni crear un proyecto de ley para que se regule la maternidad subrogada, ya que somos conscientes que dicha técnica implica la vulneración al Derecho a la Vida del concebido. Sin embargo, no podemos ser ajenos a la realidad ante los casos ya existentes y los problemas que ha traído consigo tener diferentes criterios al momento de sentenciar por lo que, en defensa del interés superior del niño y su derecho a la identidad es que se propone este trabajo.

Finalmente, decir que este tema no se quedará aquí, sino que es el principio de nuevos proyectos y líneas de estudio e investigación.



# **CAPÍTULO I**

## **LA FAMILIA Y EL PARENTESCO EN EL PERÚ**

### **1. ¿QUÉ ES LA FAMILIA?**

#### **1.1. Noción de familia**

Existe diferentes conceptos sobre la familia, sin embargo, aún no se puede consensuar en un concepto unívoco. El concepto de familia y la familia en sí, ha venido evolucionando a través del tiempo, cambiando de acuerdo con las nuevas realidades que se vive actualmente.

En nuestra legislación, ni la constitución ni el Código Civil conceptualizan a la familia, tenemos que recurrir a las normas referidas a este tema, así como a los términos doctrinales y jurisprudenciales.

El Artículo 4° de la Constitución Política del Perú señala que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

A partir de esta norma, en nuestro país la familia constituye una institución natural y fundamental de la sociedad, es decir, sobre la base de la familia se forma la sociedad, por lo que merece una protección especial de parte del Estado y de la comunidad.

El Código Civil en su Libro Segundo, trata sobre el Derecho de Familia desde el Artículo 233° hasta el Artículo 659°, donde tampoco vemos una definición de familia. El Artículo 233° del mencionado cuerpo legal, señala que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la constitución. Por lo que, la definición de la familia tenemos que buscarla en fuentes extralegales.

El Papa Juan Pablo II, en su discurso del 04 de octubre de 1997 (Estadio Maracaná), enfatiza la importancia y los valores familiares, reafirmando que la familia es el

patrimonio de la humanidad y así es que se extiende la presencia del hombre en la tierra.

Siguiendo esa misma línea, y tomando en cuenta los cambios que se viene dando, el Papa Francisco señala que la familia es un grupo de personas con defectos, que Dios ha reunido para que convivan de tal manera que actúen con empatía a su prójimo, como si lo hicieran por sí mismos.

Del texto desprendemos que la familia es un grupo de personas que están unidas para convivir y perennizar la presencia del hombre en la tierra, lo que implica proveer y asistirse los unos para los otros, con la finalidad de lograr esa convivencia pacífica.

En el campo legal, Héctor Cornejo Chávez sostiene que la familia en sentido amplio *“es el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad”*<sup>1</sup>. En sentido restringido, la familia puede ser entendida como *“el conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos generalmente sólo los menores o Incapaces). Por extensión, se puede incluir en este concepto el caso de los concubinos y sus hijos menores o incapaces. Esta es la llamada familia nuclear[...]*”<sup>2</sup>.

Vilcachagua<sup>3</sup> señala que “no es posible sentar un concepto preciso de familia, en razón de que se trata de una palabra a la cual pueden asignarse diversas significaciones jurídicas: una amplia y aun otra más, intermedia. A) Familia en sentido amplio (familia extendida), en el sentido más amplio (familia como parentesco), es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico familiar. Desde este punto de vista, la familia está compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y parentesco; B) Familia en sentido restringido (familia nuclear) (...) la familia comprende sólo a las personas unidas por la relación intersexual o la procreación. Desde este punto de vista, la familia está formada por el padre, la madre y los hijos que estén bajo su patria potestad. Este expresado sentido de la familia

---

<sup>1</sup> H. CORNEJO CHÁVEZ, *Derecho familiar peruano: sociedad paterno filial: amparo familiar del incapaz*, Tomo I, Studium S.A., Lima, 1988, 7ª Edición, p. 17.

<sup>2</sup> H. CORNEJO CHÁVEZ, Ob. Cit. p. 17.

<sup>3</sup> A. PLÁCIDO VILCACHAGUA. *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 17

asume mayor importancia social que jurídica por ser el núcleo más limitado de la organización social (...); C) Familia en sentido intermedio (Familia compuesta), En el concepto intermedio, la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella...”.

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que la acepción común del término familia ha llevado a señalar que la familia es el grupo de personas que se encuentran emparentadas y viven bajo un mismo techo. Con dicha definición, se entiende que se engloba a la familia nuclear, es decir, padres e hijos, a la fecha ha cambiado la interpretación que se tiene de este concepto y se ha generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las uniones de hecho, familias reconstituidas o familias monoparentales.

Según lo señalado por el Tribunal Constitucional, vemos que la familia no permanece estática, sino más bien va cambiando y evolucionando. Por lo que para fines de nuestro trabajo trataremos a la familia desde una perspectiva jurídica, en un sentido amplio, como *“aquél grupo humano formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco”*<sup>4</sup>.

Debe quedar claro que la familia no dejará de ser la célula básica de la sociedad; la comunidad siempre se formará sobre la base de esta y en ella encontrará sustento, fundamento y el desarrollo de la humanidad.

## **1.2. Familia: Funciones**

La familia, según su tipo o clase, como ente social y célula fundamental de la sociedad, juega un papel muy importante, pues las personas viven y se desarrollan en ella.

En ese sentido, cumple una diversidad de funciones, como educar a los hijos, proveer para la familia, brindarse afecto entre ellos, etc. Lo que permite mantener al grupo unido y en permanente formación. Peralta Andía señala que las funciones de la

---

<sup>4</sup> G. BOSSERT Y E. ZANNONI, *Manual de Derecho de Familia*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, pp.5-6.

familia se agrupan en sexuales, reproductivas, económicas y educativas<sup>5</sup>. Varsi Rospigliosi también señala que la familia cumple diversas funciones como la función geneonómica (procreacional), alimentaria, función asistencial, económica, de trascendencia y afectiva<sup>6</sup>.

La legislación peruana, a través del **Artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1408**, Decreto Legislativo para el fortalecimiento y la prevención de la violencia en las familias señala que, para alcanzar el desarrollo integral de sus integrantes, las familias cumplen principalmente las funciones de ser formadora, socializadora, de cuidados y protección, seguridad y protección económica, y afectiva. Las desarrollaremos a continuación:

**a) Función formadora**

Como tal propicia la transmisión de valores, normas, costumbres y conocimientos orientados al desarrollo pleno de las capacidades y el ejercicio de los deberes y derechos de sus integrantes, para con su familia y la comunidad.

De esta manera la familia constituye la primera escuela donde los hijos, así como cada uno de sus miembros, se forman para vivir en sociedad. Es en la familia donde se transmiten los valores, principios, las costumbres y demás herramientas que servirán para convivir en sociedad.

Nuestra constitución en su Artículo 13° señala que *“los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo”*, indicándonos que es la encargada de formar al futuro ciudadano, sin embargo, esta función debe ser entendida como una actividad permanente que permite la formación y desarrollo psíquico del niño desde su nacimiento y durante toda la vida.

**b) Función socializadora**

La familia es el lugar donde se promociona y se fortalece la red de relaciones de cada integrante como persona, como grupo o institución y del aprendizaje de las

---

<sup>5</sup> J. R. PERALTA ANDÍA, *Derecho de Familia en el Código Civil*, ob. cit, pp. 49-50.

<sup>6</sup> E. VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Tratado de derecho de Familia*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2011. pp. 41-43.

formas de interacción social vigentes y los principios, valores y normas que las regulan, generando un sentido de pertenencia e identidad.

Por ello la constitución reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Ello implica que sobre su base de la familia se organiza la sociedad entera.

También prepara a sus miembros para enfrentar los nuevos retos y desafíos que la sociedad y el mundo le proponga. La sólida formación que impregne en sus miembros desde niños será lo que les mantendrán firmes ante cualquier situación en la vida, por más adversas que sean.

**c) Función de brindar cuidados y protección**

La familia es el espacio fundamental donde se brindan los cuidados y la protección necesaria a sus integrantes, en especial a las niñas, niños, adolescentes, gestantes, adultos mayores, personas con discapacidad y aquellas con enfermedades crónicas y/o terminales, con la finalidad de cubrir sus necesidades y garantizar el ejercicio pleno de sus derechos para lograr su desarrollo integral y el derecho a una vida digna.

Aquí es donde los integrantes, sobre todo los hijos, crecen bajo la protección de los padres y son preparados para enfrentar la vida en lo sucesivo, por lo que, como señala Varsi Rospigliosi, la familia es *“el centro más perfecto de aprendizaje, de formación espiritual y de preservación básica que prepara a los seres para la integración social y el ejercicio natural y normal de sus potencialidades”*<sup>7</sup>.

**d) Función de brindar seguridad y protección económica**

Le corresponde a la familia garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de todos sus integrantes en el marco de la corresponsabilidad e igualdad.

En este núcleo padre y madre forjan su patrimonio a través del esfuerzo personal y colectivo. Como Peralta Andía señala, *“se asigna a cada miembro ciertos derechos en los bienes y el patrimonio familiar adquirido por el esfuerzo*

---

<sup>7</sup> E. VARSÍ ROSPIGLIOSI, ob. cit. p. 44.

*personal y de conjunto. La familia procura incrementar sus bienes económicos a fin de transmitirlos a sus herederos”*<sup>8</sup>.

Aquí también sus miembros aprenden y se forman para cumplir con proveer a la misma, lo que implica la realización de actividades y condiciones que posibiliten mantener el hogar como provisión para el presupuesto familiar (alimento, vestido, vivienda, etc.), efectuar las tareas domésticas, velar por la satisfacción de las necesidades materiales grupales e individuales de sus miembros, velar por la salud de los integrantes, etc.

**e) Función afectiva**

La familia permite la transmisión, reproducción y promoción de vínculos de afecto entre las personas que la integran todos esenciales para su formación, adquisición de habilidades emocionales, consolidación de su autoestima, autoconfianza y realización personal.

La nota característica es ese vínculo de afecto y cariño que existe entre sus miembros, como dice Varsi (2011) *“la affectio, el amor, comprensión, entrega es la razón que permite la integración de las personas que conforman una familia”*<sup>9</sup>.

### **1.3. Familia: Naturaleza jurídica**

Encontraremos que existen diversas posturas que veremos a continuación:

**a) Naturaleza jurídica de la familia como institución natural:**

La Carta Magna en su Artículo 4° protege a la familia y promueve el matrimonio y además les reconoce textualmente como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. A partir de esto podemos decir que *“la familia constituye una institución natural, de modo que admitimos como un fenómeno natural, como una manifestación de la propia naturaleza, anterior al Estado y a la ley, lo cual*

---

<sup>8</sup> J. R. PERALTA ANDÍA, ob. cit. p. 49.

<sup>9</sup> E. VARSİ ROSPIGLIOSI, ob. cit. p. 43.

*impone a la sociedad y el estado ciertos límites de los cuales no puede salirse sin desnaturalizarlo”<sup>10</sup>.*

**b) La Familia como institución social:**

Esta postura consiste en que la familia constituye el núcleo central de la sociedad o como se dice es la *cédula básica*. Como sostienen Bossert y Zannoni<sup>11</sup>, “*la familia es una institución social, pues las relaciones determinadas por la unión intersexual, la procreación y el parentesco, constituyen un sistema integrado en la estructura social con base en pautas estables de la sociedad*”.

Quienes defienden esta postura, acuñan que la función del derecho consiste únicamente en garantizar adecuados mecanismos de control social de la institución familiar, imponiendo a sus miembros deberes y derechos que la estructura requiere para el adecuado desarrollo de las pautas socialmente institucionalizadas.

**c) La Familia como institución jurídica**

Para los defensores de esta posición la familia es una persona jurídica o un organismo jurídico, sin embargo, creemos que no tiene justificación sostener que constituya una persona jurídica, pues no existe norma de la que puede derivarse, pues esta como tal preexiste a cualquier norma jurídica.<sup>12</sup>

Citando al tratadista Ramos Pazos<sup>13</sup>, “no puede desconocerse que la familia es algo más que un conjunto de relaciones individuales entre los miembros que la constituyen, y por ello no puede ser regida por criterios de interés individual ni de autonomía de la voluntad”, de esta manera no podemos comparar a la familia con una organización jurídica.

---

<sup>10</sup> J. R. PERALTA ANDÍA. *Derecho de Familia en el Código Civil*, cit., p. 41.

<sup>11</sup> G. BOSSERT Y E. ZANNONI, *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 9

<sup>12</sup> W. DUEÑAS TREVIÑO, *Otorgamiento de tenencia de niños y adolescentes a personas distintas a los padres. Arequipa-2016*. Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa, p. 24

<sup>13</sup> R. RAMOS PAZOS, *Derecho de familia Tomo I*. Editorial Jurídica de Santiago de Chile, 6ta Edición 2005, pp. 15-16.

#### **d) Como institución mixta: jurídico-social, natural**

En la actualidad, se concibe a la familia como una institución jurídico-social y natural. Así también lo señala el autor Peralta Andía<sup>14</sup>, *“es natural porque se refiere a un organismo espontáneo anterior al Estado y la ley; es jurídico, porque se trata de relaciones familiares, por lo que el contenido de las relaciones jurídicas son los actos familiares como: el matrimonio, el divorcio, el cambio de régimen patrimonial, el reconocimiento de hijos, el deber de corrección de los mismos, la adopción, etc.; y es social, porque no puede dejar de reconocerse a la familia como institución social, esto es, como célula social básica e irreducible de la sociedad”*.

### **1.4. Tipos de familia**

Actualmente, ya no podemos hablar de un solo tipo de familia, pues existe y se presentan diversas formas de organización familiar en nuestra sociedad. Varsi Rospigliosi señala que las nuevas configuraciones familiares se pueden agrupar en dos tipos: Entidades familiares explícitas y entidades familiares implícitas<sup>15</sup>, según si han sido regulados o no en nuestro sistema jurídico.

#### **1.4.1. Entidades familiares explícitas<sup>16</sup>**

Se ha regulado mediante el Derecho de Familia las formas de organización familiar, entre ellas encontramos a la familia nuclear, extendida, compuesta y las uniones de hecho como lo veremos a continuación. Concordando con Calderón Beltrán<sup>17</sup> y Varsi Rospigliosi señalaríamos que en este grupo encontramos a:

- a) La familia nuclear.** - La cultura religiosa promueve el matrimonio y nos hace reconocer que la familia está conformada por padre, madre e hijos quienes

---

<sup>14</sup> J. R. PERALTA ANDÍA, *Derecho de Familia en el Código Civil*, cit., p.43.

<sup>15</sup> E. VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Tratado de Derecho de Familia: matrimonio y uniones estables*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012. p. 61 y ss.

<sup>16</sup> W. DUEÑAS TREVIÑO, *Otorgamiento de tenencia de niños y adolescentes a personas distintas a los padres. Arequipa-2016*. Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa, pp. 30-32

<sup>17</sup> J. E. CALDERÓN BELTRÁN, *La Familia Ensamblada en el Perú*, Andrus Editores, Lima, 2014, p. 24 y ss.



están bajo su patria potestad. Teniendo en cuenta que los hijos pueden ser biológicos o pertenecer al núcleo familiar por medio de la adopción.

- b) **La familia extendida.** - También llamada familia en sentido amplio, está conformada por linaje o estirpe. Su composición es más grande que la nuclear ya que incluye más allá de dos generaciones y se basa en el vínculo sanguíneo, es integrada por los padres, hijos, abuelos, tíos, sobrinos, primos y demás familiares. Por ejemplo, una familia de triple generación incluye a los padres, a sus hijos solteros o casados, hijos políticos y a los nietos.
- c) **La familia compuesta.** - Conformada bajo la autoridad del *pater familias*, cuyos miembros no tienen parentesco con el mismo, pero conviven bajo el mismo hogar.

#### 1.4.2. Las uniones de hecho. –

En la actualidad es reconocida como fuente generadora de familia, cuyos miembros nacen de la unión monogámica y heterosexual, su principal requisito es que no tengan impedimento alguno para casarse. Esta unión se perfecciona con la vocación de habitualidad y permanencia bajo el mismo techo, en forma similar a la unión matrimonial.

##### **Entidades familiares implícitas o tácitas**

Para Varsi Rospigliosi<sup>18</sup> son aquellos tipos de familia no considerados expresamente por la norma pero que, en mérito del reconocimiento de la dignidad de la persona, la ley no puede desconocerlas.

Dentro de este grupo podemos encontrar a:

- a) **Familia monoparental.** - Conformada solo por un miembro sea uno del padre y sus hijos, este es el caso de las madres o padres solteros, o con estado civil viudo o divorciado. Este tipo de familia monoparental ha sido excluida de manera explícita por el derecho nacional pero comúnmente reconocida por la dignidad de las personas que la componen.
- b) **Familia ensamblada.** - Está estructurada por la unión en matrimonio o convivencia de dos personas (hombre y mujer), quienes con anterioridad ya

---

<sup>18</sup> E. VARSI ROSPIGLIOSI, *Tratado de Derecho de Familia*, cit. p. 62.

constituyeron una familia nuclear y que ahora conviven bajo caracteres de estabilidad, publicidad y reconocimiento.

En este tipo de familia, para el hijo que proviene de otra relación tiene como padre o madre afectiva a la actual pareja de su madre o padre y este último termina ejerciendo de hecho la tenencia y la patria potestad, aunque la ley no le reconozca.

## **1.5. La familia en nuestra legislación peruana**

Como ya señalamos, nuestra normativa no define el concepto de familia en el Código Civil, sin embargo, en varios de sus Artículos se ocupa de esta institución tan elemental de la sociedad.

### **1.5.1. A nivel constitucional**

Nuestra Carta Magna hace mención a la familia en su Artículo 4° que señala: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”*.

De esta manera la constitución reconoce a la familia como instituto natural y fundamental de nuestra sociedad y al matrimonio, a quien también reconoce como fuente de formación.

Asimismo, se establece la necesidad de protección de los miembros de la familia por la sociedad y la comunidad, especialmente al niño y al adolescente, a lado de la madre y el anciano en situación de abandono. Ello se debe a la situación especial de personas en desarrollo e inexperiencia de los niños y adolescentes.

Asimismo, en su Artículo 5°, la misma Carta Magna señala que *“la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”*, reconociendo como fuente de

la familia no solo al matrimonio, sino también a las uniones de hecho heterosexuales cuyos miembros no tengan impedimento para casarse.

A partir de esta regulación vemos que nuestra constitución reconoce tanto a la familia matrimonial como a la extramatrimonial. Ello nos hace ver que la constitución la protege como tal, sin diferenciar su origen matrimonial o extramatrimonial.

En ese sentido la protección no solo es a la familia matrimonial (casados) sino las uniones de hecho, no solo a las familias nucleares, conformada por los padres y los hijos, sino también a las familias extendidas, las monoparentales, las ensambladas y reconstituidas.

Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que la familia como instituto natural, se encuentra sujeta a los cambios sociales y jurídicos, por lo que se generan familias con estructuras diferentes a la tradicional como son las uniones de hecho, monoparentales o las denominadas familias reconstituidas.

### **1.5.2. A nivel legal**

Nuestro Código Civil dedica el Libro III a la regulación jurídica de la familia y las instituciones familiares que la conforman.

La norma específicamente dedicada a la familia en el Artículo 233° del indicado Código señala: *“La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”*.

Aunque esta norma no define ni se ocupa de los elementos de la familia, señala que su regulación es para consolidar y fortalecer dicha institución en armonía con la regulación constitucional. Con lo cual reitera el reconocimiento constitucional que tiene, resaltando la importancia de la misma en la vida de nuestra sociedad.

Como señala Alex Plácido, en nuestro país, *“el Derecho de Familia está contenido básicamente en el Código Civil, aunque existen numerosas leyes complementarias que también lo integran”*<sup>19</sup>. Así tenemos por ejemplo en el

---

<sup>19</sup> A. PLACIDO VILCACHAGUA. Relación jurídica de la familia, en *Código Civil Comentado*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 17.

Código de Niños y Adolescentes, la Ley 29560 que amplía la Ley 26662; Ley de Competencia Notarial en asuntos no contenciosos para el reconocimiento de las uniones de hecho; el Decreto Legislativo N° 1297, Decreto Legislativo para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos; entre otros, que conforman el cuerpo legal del derecho de familia peruano.

## **2. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES APLICABLES EN DERECHO DE FAMILIA**

En base a la regulación efectuada por nuestra constitución política podemos señalar ciertos principios básicos que inspiran a nuestro sistema jurídico y son aplicados en el Derecho de Familia:

### **a) El principio protector de la familia**

Como lo hemos mencionado el Artículo 4° de nuestra Constitución señala que la comunidad y el Estado protegen a la familia, así mismo la reconoce como instituto natural y fundamental de la sociedad. A través de ella se consagra el principio la protección a la familia.

Asimismo, los tratados internacionales sobre derechos humanos, los mismos que fueron aprobados y ratificados por el Perú, también establecen que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*<sup>20</sup>.

Ello nos hace ver que tanto a nivel nacional como internacional, la familia goza de una protección especial, sin hacer diferencia en su origen sea matrimonial o

---

<sup>20</sup> En ese sentido se manifiesta el numeral 3 del Artículo 16° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el numeral 1 del Artículo 23° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; el numeral 1 del Artículo 17° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; los numerales 1 y 2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”.

extramatrimonial, así lo confirma el autor Alex Plácido: “*la familia es una sola, sin considerar su base de constitución legal o de hecho*”<sup>21</sup>.

#### **b) El Principio de promoción del matrimonio**

El Artículo 5° de la constitución de 1979 establecía que “*el Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación*”, mientras que la actual Constitución de 1993, señala que el Estado y la comunidad “*protegen a la familia y promueven el matrimonio*”.

Podemos ver que el texto anterior hacía énfasis de la protección de la familia solo en circunstancias matrimoniales.

A nivel de tratados sobre derechos humanos, también se promueve el matrimonio como una de las fuentes de la familia. La Declaración Universal de Derechos Humanos señala que los hombres y mujeres tienen derecho sin discriminación alguna a casarse y fundar una familia, agregándose que el matrimonio no se puede celebrar sino media el libre y pleno consentimiento de los futuros esposos<sup>22</sup>.

Por último, señala que los Estados partes deben tomar medidas para asegurar la igualdad de derechos y la equivalencia de responsabilidades entre cónyuges, durante y en caso de su disolución. En caso de disolución, se debe asegurar la protección de los hijos.

#### **c) Principio de amparo de uniones de hecho**

Este principio nos permite recordar que toda persona tiene derecho a ejercer su libertad y desarrollar su proyecto de vida, de esta manera se sustenta la regla que la unión de hecho será voluntaria y mantenida entre varón y mujer, quienes no estarán impedidos de contraer matrimonio en un futuro, surgiendo así determinados efectos

---

<sup>21</sup> A. PLACIDO VILCACHAGUA, “*El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993*” N° 71-2013, Revista de la Facultad de Derecho PUCP, Lima, 2013. Recuperado de: [http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wpcontent/uploads/2014/06/El\\_modelo\\_de\\_familia\\_garantizado\\_en\\_la\\_Constitucion\\_de\\_1993.pdf](http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wpcontent/uploads/2014/06/El_modelo_de_familia_garantizado_en_la_Constitucion_de_1993.pdf). Última revisión 02/10/2018

<sup>22</sup> Artículo 16° numeral 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, también encontramos que se promueve el matrimonio en el Artículo 23° numeral 2 y 3 en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas.

patrimoniales y personales, reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, similares a los del matrimonio.

Por ende, el matrimonio no es la única fuente de la familia, sino también las uniones de hecho, sin embargo, para producir efectos personales y patrimoniales debe exigirse que sean uniones de hecho formadas por parejas sin impedimento matrimonial.

**d) El principio de igualdad de categorías de filiación**

Este principio nos indica que a pesar que existan hijos matrimoniales y extramatrimoniales, todos los hijos tienen iguales derechos y deberes con sus padres. Asimismo, todos los hijos matrimoniales, adoptivos y extramatrimoniales se encuentran con un trato paritario ante la ley.

Los tratados sobre derechos humanos aprobados y ratificados por el Perú, también establecen que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo<sup>23</sup>.

**e) Principio que protege y defiende los derechos específicos**

Las personas se encuentran en una situación de indefensión en determinados momentos de la vida, este principio así lo reconoce, como también reconoce la necesidad de eliminar patrones de conducta socioculturales que lesionan el interés de la persona. Por eso, es que nuestra constitución otorga protección al niño, adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono.

Así se aplica este principio de protección y defensa a los derechos específicos, con los tratados sobre derechos humanos aprobados y ratificados por nuestro país, por ejemplo sobre la protección del niño, se señala en la Convención Americana de Derechos Humanos que *“todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y del Estado”*<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Artículo 17° numeral 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>24</sup> Artículo 19° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Artículo 16° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”.

En cuanto a la protección del adolescente señala que “se debe *adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral*”<sup>25</sup>

También se protege a la madre y pide garantizar que la educación familiar incluya una “*comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y desarrollo de sus hijos [...]*”<sup>26</sup>; y finalmente también se protege a los ancianos, así se indica que “toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad”<sup>27</sup>.

### **3. EL PARENTESCO EN EL ENTORNO DE LA FAMILIA**

#### **3.1. Definición del parentesco**

Parentesco, etimológicamente proviene de dos voces latinas: *Parere* que significa parir y *Parens* que significa padre, madre y demás ascendientes, etimológicamente parentesco es una relación que existe entre los miembros de la familia.

Cornejo Chávez nos dice que en sentido general se da el nombre de parentesco a “*la relación o conexión familiar entre dos o más personas en virtud de la naturaleza, de la ley o de la religión*”<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> El inciso c) del numeral 3 del Artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”.

<sup>26</sup> Artículo 5°, inciso b) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas; el inciso a) del numeral 3 del Artículo 15° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”; el Artículo 4° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

<sup>27</sup> El Artículo 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”.

<sup>28</sup> H. CORNEJO CHÁVEZ, *Derecho Familiar Peruano*. 10° edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p.86

Para Borda<sup>29</sup> el parentesco es el vínculo jurídico que nace de lazos de sangre, del matrimonio o de la adopción.

Lasarte<sup>30</sup>, nos indica que parentesco es la relación existente entre dos o más personas derivada precisamente de su situación en la familia.

El Código Civil peruano toma una posición intermedia, por eso conceptuamos el parentesco como una institución básica del derecho de familia que consiste en el vínculo existente entre las personas a través del parentesco consanguíneo, afinidad o adopción. Se trata de una institución básica porque determina la conexión familiar existente entre personas la que deriva de los lazos de sangre, de la celebración del matrimonio y del parentesco legal. Regulados en los Artículos 236°, 237° y 238°.

Finalmente, la familia se extiende a las relaciones de adopción y se crea un parentesco que ya no es de consanguinidad ni de afinidad sino de un tercer tipo basado exclusivamente en la ley.

De modo que, podemos decir que el parentesco es el vínculo que se establece entre personas que pertenecen a una misma familia, ya sea por consanguinidad, afinidad, por adopción o por efectividad.

Retomando el tema de investigación sobre maternidad subrogada, en el texto respondemos: ¿Qué grado de parentesco tiene el niño nacido del vientre de una tercera mujer, que contiene solamente gametos de uno de los padres? O más incierto aún ¿qué parentesco tiene si el ADN de los padres no es el mismo del hijo?

### **3.2. Naturaleza Jurídica**

Dentro de la naturaleza jurídica del parentesco tenemos diferentes posturas<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> G. A. BORDA, *Manual de Derecho de Familia*. 12° Edición, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p.19

<sup>30</sup> C. LASARTE, *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 270

<sup>31</sup> H. CORNEJO CHAVEZ, ob. cit. p.86.



**a) Derecho personalísimo**

Se considera al parentesco como un derecho personalísimo que el sujeto tiene respecto de aquellos vínculos que mantiene con cada uno de los miembros de su familia.

**b) Atributo de la persona**

Es un elemento o cualidad de la persona que la distinguen de otra. La persona cuenta con un parentesco propio que conjuntamente con el resto de sus atributos coadyuvan a su identificación y su distinción de otros sujetos de derecho.

**c) Institución de derecho de familia**

El parentesco genera relaciones familiares que supone un vínculo que une a una persona con los distintos miembros de su familia cuyo alcance, duración y efectos son establecidos por el ordenamiento jurídico.

**d) Vínculo jurídico**

El parentesco es un vínculo jurídico existente entre consanguíneos, afines y entre el adoptante y adoptado, a decir de Zannoni. Este criterio que alude al vínculo jurídico se sustenta en que el vínculo biológico, mientras no trascienda en ese plano, no tendrá consecuencias jurídicas.

**3.3. Alcances del parentesco**

El parentesco produce ciertos efectos, generando derechos y deberes para los parientes. Varsi Rospigliosi dice que el parentesco impone deberes, concede derechos y fija restricciones. Los efectos que surjan dependerán del parentesco, siendo que el parentesco por consanguinidad tendrá efectos más intensos que el parentesco por afinidad. Sin embargo, debemos tener en cuenta que los efectos del parentesco son limitados, tienen determinados alcances configurados por la ley. En el caso peruano, se aplican las reglas siguientes:

1.- El parentesco por consanguinidad, es reconocido indefinidamente en el caso de los que descienden unos de otros, es decir en la línea recta; en tanto que entre

parientes de la línea colateral los efectos legales se extienden hasta el cuarto grado, o sea hasta primos hermanos.

2.- En el parentesco legal, el que se deriva de la adopción, ha sido equiparado por el Código Civil de 1984 al consanguíneo. No habiendo variación en el parentesco por afinidad, que se circunscribe a la línea recta ilimitadamente y a la línea colateral sólo hasta el segundo grado, y de aplicación únicamente a los impedimentos matrimoniales.

3.- En el parentesco por afinidad, es decir, aquel que es producto del matrimonio, se produce el parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro, así como entre ellos.

Los efectos del parentesco por afinidad no han sido desarrollados por el Artículo 237° del Código Civil, sin embargo, señala que la afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex cónyuge. Por ello, como señala Cornejo Chávez los efectos se limitan a *"la creación de algunos impedimentos matrimoniales y ciertas causas de invalidez del casamiento; y sus efectos procesales se aprecian en materia de recusación y excusa, y de impedimentos para testificar"*<sup>32</sup>

4.- En el parentesco espiritual, las limitaciones son mayores y su aplicación o utilidad se restringe al ámbito del Derecho Procesal, como causales de recusación y excusa de los jueces, árbitros, peritos, relatores, secretarios de corte, los fiscales para impedimentos y tachas de los testigos.

---

<sup>32</sup> H. CORNEJO CHÁVEZ, ob. cit. p. 88.

## CAPÍTULO II

### LA FILIACIÓN Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR

#### 1. FILIACIÓN

##### 1.1. Concepto

Cornejo Chávez manifiesta que la filiación es la *“relación que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes (filiación en sentido genérico) y más restringidamente, la que vincula a los padres con sus hijos (filiación en sentido estricto)”*<sup>33</sup>. Es decir el vínculo que une a un hijo o una hija con su padre y su madre. De manera similar Varsi Rospigliosi<sup>34</sup> señala que *“la filiación, en sentido genérico, es aquella que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y, en sentido estricto, es la que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de derecho entre ambos”*.

Peralta Andía va un poco más allá cuando se refiere a la filiación, él dice lo siguiente *“es una institución del derecho de Familia que consiste en la relación paterno-filial existente entre una persona (hijo) con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró”*<sup>35</sup>.

La filiación, sin embargo, debe ser entendida como el vínculo jurídico existente entre procreantes y procreados o producto de la adopción de la cual emergen derechos y obligaciones para padres e hijos.

Es necesario recordar que no siempre este lazo o vínculo familiar deviene de la unión sexual, ya que en la actualidad y como bien dice Peralta, puede ser producto de la inseminación o fecundación intrauterina.

---

<sup>33</sup> H. CORNEJO CHÁVEZ, *Derecho Familiar Peruano*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 357.

<sup>34</sup> E. VARSİ ROSPIGLIOSI, “Determinación de la paternidad matrimonial”. En: Código Civil Comentado, Tomo II, *Derecho de Familia* (Primera Parte), Lima, Gaceta Jurídica, 2010, pp. 659-660.

<sup>35</sup> R. MEDÍA CH. *La Filiación Extramatrimonial Post Mortem*, Rev. SSIAS Vol. 8/Nº1, Lima, 2014. Recuperado: <http://revistas.uss.edu.pe/index.php/SSIAS/article/view/168/167>. Revisado última vez 02/10/2018

Visto lo anterior, tenemos que la relación de padres a hijos, desde el punto de vista natural y biológico, son hijos de una madre y de un padre, y aquí también están incluidos los niños concebidos por el procedimiento in vitro pues, aunque no se tenga certeza de quienes son los padres, naturalmente proceden de alguien más.

## **1.2. Tipos de filiación**

El último párrafo del Artículo 6° de la Constitución peruana señala que *“todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad”*, sin embargo, a nivel legal la doctrina y jurisprudencia hablan de una filiación matrimonial y extramatrimonial, lo cual debería ser corregido para no hacer distinción entre los hijos.

En el presente trabajo, en concordancia con lo señalado en el Código Civil Peruano, continuaremos tipificando a la filiación como en situaciones matrimoniales y extramatrimoniales.

### **1.2.1. Filiación matrimonial**

La filiación matrimonial está referida a la relación paterno-filial de los hijos nacidos durante la relación marital de sus padres.

La determinación de la paternidad o maternidad de un hijo nacido durante la vigencia del matrimonio parece ser fácil, sin embargo, muchas veces no es así, pues vemos situaciones en las cuales se impugna la paternidad y maternidad.

Respecto a la determinación de paternidad, el **Artículo 361°** del Código Civil, modificada mediante el Decreto Legislativo N° 1377, señala que *“el hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario”*<sup>36</sup>.

Es decir, conforme a nuestra legislación los hijos/as nacidos/as durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución tiene por padre al

---

<sup>36</sup> Norma que fue modificada mediante el Artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1377, publicada en el Diario El Peruano el 24 de agosto del 2018.

marido, por mandato de la ley, pero si la madre declara expresamente que dicho hijo no es del marido, dicha presunción queda descartada.

La presunción de paternidad matrimonial establecida por el Código Civil no es absoluta, sino *juris tantum*, pues el padre que duda sobre la paternidad biológica del niño o la niña podría demostrarlo mediante prueba de ADN.

Por otra parte, hasta el año 2018 la expresión *pater is est quem nuptiae demstrant*, que significa padre es quien las nupcias demuestran, creada por el Derecho Romano, tenía vigencia plena en nuestro país, por lo que el hijo o la hija de la mujer casada tenía por padre al esposo.

Actualmente, esta situación ha cambiado, pues conforme a la regulación establecida por el **Artículo 396°** del Código Civil peruano, “*el hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido. Este reconocimiento se puede realizar durante la inscripción del nacimiento cuando la madre y el progenitor acuden al registro civil, o con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando esta haya declarado quién es el progenitor. Procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable*”.

Respecto a la determinación de maternidad, el Código Civil peruano no se pronuncia expresamente, sin embargo, interpretando contrario sensu el **Artículo 371°** del Código Civil, “*la maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo*”, se determinaría que la madre es aquella que ha dado a luz al niño o a la niña; en resumen, es la que ha llevado el embarazo.

Como señala Varsi “*la maternidad corresponde a la madre que parió, que trajo al mundo –de sus entrañas – al hijo, partus sequitur vemter: Preñada, gestante y parturienta en madre se transforma*”<sup>37</sup>.

En ese sentido, para determinar la filiación de la maternidad, nos ceñiremos a la constatación del parto, por lo que, para la presente investigación, aquella mujer que da a luz es la que llevará el título de madre. Esto según Rospigliosi, uniría a madre e hijo y acreditaría la relación materno filial.

---

<sup>37</sup> E. VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Tratado de derecho de Familia*, Tomo IV, Gaceta Jurídica, Lima, 2011. p. 147.

### 1.2.2. Filiación extra matrimonial

Está referida a la filiación de los hijos por la unión no matrimonial, es decir, el vínculo establecido entre los padres e hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio, pues conforme al **Artículo 386°** del Código Civil, *“son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”*.

La diferencia entre la situación de la filiación de los hijos matrimoniales y extra matrimoniales es bastante clara. En la filiación matrimonial los padres están casados y los hijos nacen dentro de ese matrimonio, por lo que se presumen como hijos matrimoniales, mientras en la filiación extramatrimonial, no existe la conyugalidad de los padres y a los hijos no les ampara la presunción de paternidad, por lo que conforme al **Artículo 387°** del Código Civil, *“el reconocimiento y la sentencia judicial de paternidad o la maternidad son los únicos medios probatorios de la filiación extramatrimonial”*<sup>38</sup>.

De modo que será padre del niño o niña aquel que reconoce en la partida de nacimiento o quien mediante sentencia judicial se le declara como padre.

Como manifiesta Varsi Rospigliosi en la filiación extramatrimonial los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia, es decir no existe el acto jurídico matrimonial que garantice la calidad de progenitor. Por ende, la voluntad o la imposición jurisdiccional son los únicos medios para establecerla.

### 1.2.3. Filiación por adopción

La adopción según Rospigliosi, es una institución propia del derecho de familia por la que una persona se vuelve padre de otro hijo, aunque no haya vínculo sanguíneo vigente. En consecuencia, los hijos productos de este vínculo, gozan de todos los derechos que le corresponden por ley.

El **Artículo 115°** del Código de los Niños y Adolescentes, conceptúa a la adopción como *“una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado se establece de manera irrevocable la relación paterno –*

---

<sup>38</sup> Véase Artículo 387 del Código Civil.

*filial entre personas que no la tiene por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”.*

En consecuencia, podemos decir que la adopción es un mecanismo de otorgar legalmente la filiación entre los adoptantes (padres) y los adoptados (hijos), sobre todo menores de edad, sin que exista un vínculo de sangre.

#### **1.2.4. Problemas de filiación en caso de maternidad subrogada**

En la actualidad, en los casos de hijos nacidos mediante uso de las técnicas de reproducción asistida, el principio *pater is est quem nuptiae demstrant*, que significa *padre es quien las nupcias demuestran* no puede ser usado, pues la prueba de ADN no siempre resulta prueba suficiente, sino también se considera la psico afectividad, como la expresión de la voluntad de procrear o ser padres.

De forma similar, en el caso de la madre, la frase como *mater semper certa est* (donde la única forma de determinar la maternidad era con el hecho comprobado del alumbramiento y la gestación), también ha cambiado.

Actualmente con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, específicamente en el caso de la maternidad subrogada, la que gesta no siempre coincide con la madre biológica ni con la que tiene la voluntad de ser madre. En los casos de maternidad subrogada podemos hablar de:

***La madre biológica.*** - Es la madre que lleva al hijo en su vientre durante el embarazo. Durante este tiempo, el bebé respira y se alimenta de la placenta a través del cordón umbilical.

Es un intercambio biológico madre e hijo, sin importar si es que es una madre genética o madre sustituta, que luego alumbrará al/a niño/a y que será la única madre, requisito fundamental para la doctrina civil, que considera que este elemento biológico es esencial para determinar la maternidad.

***La maternidad genética.*** - Es la madre que aporta el material genético. Aquí, se aplican técnicas de reproducción asistidas, donde se fecunda el gameto de la mujer y/o varón en el vientre de otra, se le denomina **madre sustituta (maternidad subrogada)**.

La madre genética será la que aporte los gametos, siendo la madre gestante solo el vientre que alberga al feto, casos en que se complica la situación cuando la madre gestante se arrepiente y no quiere entregar al nacido a la madre genética o psicoafectiva.

En estos casos, se acude a la prueba biológica del ADN para saber quién es la madre, por lo que la perspectiva del derecho civil de señalar como progenitora solo a quien pare, no es inclusivo pues hoy se puede acceder a la maternidad de otra forma, incluso diferente a la de adopción.

***La madre volitiva o psicoafectiva.*** - Es la mujer que tiene el deseo de ser madre y que se materializa en la solicitud hecha a otra persona para que pueda gestar, preparándose para vivir y convivir con el niño que nace.

Similar al caso de la filiación por adopción, donde prima más el deseo de ser padre o madre y la socioafectividad que nace de la convivencia de los adoptantes y el adoptado, en el caso de la maternidad subrogada, se da esta situación donde la pareja que desea tener un hijo, no necesariamente son los padres biológicos ni genéticos del niño o la niña.

La teoría que propugna esta forma de maternidad, refiere que hay otras formas de adquirir la maternidad diferente a la biológica y la genética, que es la voluntaria o volitiva, por lo que no basta con gestar o darle vida, también resulta importante que haya una intención de serlo, de intención de reconocimiento, un acto filiatorio libre, que implica que comparta el embarazo, que lo viva intensamente, atento a todo lo que necesita, hasta el término completo, como el caso de la maternidad subrogada.

Por tanto, en el tema de la filiación, así como de la paternidad (en el caso de la maternidad subrogada), también se toma en cuenta el deseo y la intención de los partícipes que anhelaron ser padres, lo cual prima y se respeta, pues su esencia radica no en la génesis (ADN) sino también en la voluntad, sustentada en la voluntad pro creacional. Ello implica una nueva fuente de filiación.



### 1.3. Efectos de la filiación

Como dijo Aguilar Llanos *“la filiación nos conduce a la descendencia, al lazo existente entre padres e hijos. La filiación alude al hijo, y si a él sumamos la figura del padre, entonces estamos ante la relación paterno filial, o si se trata de la madre, materno filial”*<sup>39</sup>. Por lo tanto la filiación *“crea un estado civil, relaciones de familia, y, por consecuencia, derechos y obligaciones vinculadas a ellos; sobre todo, de alimentos y hereditarios”*<sup>40</sup>.

Debemos recordar que la filiación impone al padre el ejercicio de sus deberes y derechos sobre la patria potestad, así lo regula nuestro ordenamiento jurídico en los **Artículos 418°** y siguientes del Código Civil, y **Artículos 74°** y siguientes del Código de Niños y Adolescentes.

Asimismo, el hijo gozará del ejercicio de sus derechos y deberes que por ley le corresponde en su condición.

## 2. DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR

### 2.1. Identidad Personal

El diccionario de la Real Academia Española señala que identidad es el *“conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás. Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás”*.

En el presente trabajo, nos interesa ahondar en esa identidad personal que le permite ser ella misma, sus atributos y características propias, sean éstas de origen biológico, cultural, lingüístico, religiosos y sociales que le impregna un sello característico a cada persona esto le permite a la persona decir soy yo y no otro, presentándose con un nombre y una identificación.

---

<sup>39</sup> B. AGUILAR LLANOS, La Familia en el Código Civil peruano, Ediciones Legales, Lima, 2013, p. 229.

<sup>40</sup> J. ARIAS, José, *Derecho de Familia*. Editorial Kraft Limitada, Buenos Aires, 1952, p. 312.

Como señala Sessarego *“la identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea ‘uno mismo’ y no ‘otro’. Este plexo de características de la personalidad de ‘cada cual’ se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su ‘mismidad’, en lo que ella es en cuanto específico ser humano”*<sup>41</sup>.

Un aspecto muy importante de la identidad de una persona es su nombre, que incluye los apellidos. Por lo que, como forma de ejercicio del derecho fundamental a la identidad, toda persona tiene derecho a llevar su nombre y sus apellidos, siendo estos últimos una expresión de su filiación.

## **2.2. Facetas de la identidad personal**

La identidad personal se manifiesta en dos facetas. En la faceta estática se encuentran los atributos o características que no cambian con el transcurrir del tiempo y una faceta dinámica que cambia según el desarrollo y la maduración de la persona.

Al respecto, Fernández Sessarego señala que: *“Entre los elementos estáticos de la identidad personal que no varían, que son estables a través de la existencia, se encuentran, entre otros, el código genético, el lugar y la fecha del nacimiento, los progenitores, las características físicas inmodificables, el contorno somático, el nombre”*.

*“Los estáticos son los primeros elementos personales que se hacen visibles en el mundo exterior por lo que a la persona se le identifica, de modo inmediato, mediante estos atributos. Mientras la identidad dinámica está compuesta por un complejo conjunto de atributos y calificaciones de la persona que pueden variar con el tiempo, en mayor o menor medida según la coherencia y consistencia de la personalidad y la cultura de la persona”*.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, Segunda edición, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 116.

<sup>42</sup> C. FERNÁNDEZ SESSAREGO. *“Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar”*. Gaceta Jurídica. En Constitución Política comentada, Lima, 2005.

El Tribunal Constitucional ha identificado esta doble dimensión como rasgos objetivo y subjetivo respectivamente. Señala también, que la identidad es un derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es.

Haciendo énfasis en el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)”<sup>43</sup>.

Es importante tener en cuenta estas dimensiones de la identidad personal, pues nos hace ver que hay ciertas características o cualidades de la persona que no cambiarán con el paso del tiempo, por ejemplo, el código genético, por lo tanto, su identidad biológica.

Sin embargo, a medida que pasa el tiempo, habrá ciertas cosas que irán cambiando, por ejemplo, las creencias filosóficas o religiosas, la ideología, los principios morales, las opiniones, el perfil psicológico, entre otros atributos y calificaciones irán cambiando, acomodándose a las nuevas circunstancias de vida de la persona.

Si bien es cierto que es muy importante la faceta dinámica de la identidad, para fines del presente trabajo nos interesa más la faceta estática.

### **2.3. Derecho a la Identidad Personal**

Debemos distinguir el Derecho a la Identidad de la identidad misma. Como ya señalamos, la identidad de una persona está conformada por todos aquellos atributos y características que hace que sea uno mismo y no otro.

El Derecho a la Identidad suscribe que a toda persona se le reconozca y respete tal como es, como señala Rubio Correa *“es aquel que protege a la persona en lo que constituye su propio reconocimiento: quién y cómo es. Comprende diversos aspectos de la persona que van desde los más estrictamente físicos y biológicos (su herencia genética, sus características corporales, etc.) hasta los de mayor desarrollo*

---

<sup>43</sup> STC Exp. N° 2273-2005-PHC/TC, del 20 de abril del 2006, F. J. 21.

*espiritual (sus talentos su ideología su identidad cultural sus valores su honor reputación etc.)”<sup>44</sup>.*

Aquí la identidad de la persona tiene una trascendental importancia. Por ello, en el **Artículo 2° numeral 1** de la Carta Magna, se ha señalado expresamente que “toda persona tiene derecho: A la vida, a **su identidad**, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”. Es decir, se consagra a nivel constitucional el Derecho a la Identidad, otorgándole el rango de Derecho Fundamental de la persona.

En ese sentido, de manera resumida podemos decir que el derecho a la identidad consagrado legal y constitucionalmente, es un derecho complejo, pues comprende un conjunto de derechos, entre ellos el derecho al nombre (que incluye los apellidos), derecho a la nacionalidad y el derecho de conocer a sus padres y ser cuidado por ellos (filiación).

## **2.4. Protección jurídica**

El Derecho a la Identidad protege a la persona en lo que constituye su propio reconocimiento: quién y cómo es. Por tanto, va a comprender diversos aspectos de la persona, que van de lo estrictamente físico y biológico, por ejemplo, su herencia genética, características corporales, etc., hasta los aspectos de mayor desarrollo espiritual como es su ideología. Valores, cultura, honor, reputación, etc., así como el derecho a tener un nombre.

Hay que reconocer también, que, en nuestra constitución, el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, a ello complementa lo señalado por el Artículo 1° de la misma Carta Magna, cuando dice que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Ello nos hace ver que nuestra Constitución protege a toda persona humana, al concebido inclusive, al niño y adolescente, jóvenes y adultos, puesto que, conforme

---

<sup>44</sup> M. RUBIO CORREA, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Pontificia Universidad católica del Perú, Lima, 1999, p. 127.

a nuestra legislación, así como la legislación internacional de los derechos humanos, todos ellos son considerados sujetos de derecho.

Por ende, es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal.

En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos.

En este caso, por la naturaleza de nuestro trabajo, de esta norma nos interesa más el derecho a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Al respecto el **Artículo 19°** del Código Civil justamente señala que “toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos”. Llevar los apellidos de los padres constituye una expresión de reconocimiento de la filiación de los hijos.

Por la importancia de la identidad de la persona, ésta también ha sido reconocida en las convenciones y tratados internacionales sobre derechos humanos: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño, etc.

Ello nos hace ver que el Derecho a la Identidad ha sido reconocido tanto a nivel interno como a nivel internacional, siendo todos ellos ratificados por el Perú, de conformidad con el Artículo 55° de la Constitución política forman parte de nuestro derecho interno.

Por ello, este tiene mayor prevalencia sobre cualquier otro. En caso de existir conflicto entre derechos fundamentales y otros derechos, se deberá ponderar y el Derecho a la Identidad deberá prevalecer.

## 2.5. Derecho a la Identidad como manifestación de la dignidad humana.

Como señala De Gasparín<sup>45</sup>, la dignidad humana es un valor único que se encuentra en todo individuo, independiente de cualquier cualidad que pudiera corresponderle.

La dignidad de la persona no está condicionada a alguna circunstancia exterior: raza, rango social, económico o cultural, *“la persona humana vale por el mero hecho de ser persona y no por esta o aquella de sus características accidentales. Nuestro sentido de ser fin en nosotros mismos es una poderosa indicación de esta verdad”*<sup>46</sup>.

Nuestra constitución reconoce a la dignidad humana como el valor supremo, principio nuclear o valor último del ser humano. La constitucionalización de la dignidad, resumiendo lo que el autor García Toma señala se generan las cinco consecuencias siguientes:

1. Guardando el respeto de la dignidad humana se legitima el ejercicio del poder político.
2. El respeto de la dignidad humana promueve la objetividad de una sociedad más justa.
3. La normativización constitucional del concepto dignidad conlleva a que sea considerada como fuente de derecho y en principio de política legislativa.
4. El establecimiento de un criterio sumo para la cobertura de las lagunas legislativas.
5. La persona por el hecho, efecto de ser ostentadora de dignidad se hace merecedora de la titularidad de los denominados derechos fundamentales.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> R. DE GASPARÍN, “Dignidad de la persona humana”, p. 1, Recuperado en: <https://es.scribd.com/doc/3282900/LA-DIGNIDAD-DE-LA-PERSONA-HUMANA-por-Rafael-de-Gasperin-Gasperin>. Última revisión 02/10/2018

<sup>46</sup> R. SANTA MARÍA D’ANGELO, “Bases antropológicas para una fundamentación de los derechos humanos”, en Revista de Investigación Jurídica, pp. 9-10.

<sup>47</sup> V. GARCÍA TOMA. *“La Constitución y la Dignidad de la persona”*. Revista Anual de Alerta informativa, Lima, 2012, p. 51

En tal sentido, la dignidad se erige como principio rector de nuestro ordenamiento jurídico, la dignidad humana se configura como “*un minimum inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover*”<sup>48</sup>

Este reconocimiento supranacional y constitucional, alcanza además a aquellos de naturaleza análoga como serían las derivadas del vínculo jurídico-familiar (que guarda íntima conexión con la dignidad de la persona), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad, como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona que implica conocer si es el verdadero progenitor.

Por lo tanto, su naturaleza de derecho fundamental le otorga tutela por parte del Estado y su ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, que se traduce en la protección contra la inexactitud en la determinación de la paternidad, legitimando al hijo (o a su representante legal si es menor de edad) o al padre que no se considera progenitor.

Esto con el fin de exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección en la solución de los conflictos surgidos sobre esta materia, que se hace cada día más frecuente en nuestra sociedad, siendo posible (a través del ADN u otras análogas) una amplia investigación de la paternidad sin someter tal facultad a limitaciones de tiempo.

### **3. Filiación y la identidad del menor**

#### **3.1. Filiación matrimonial y su identidad**

Recordemos que el Código Civil señala que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido y así la madre declare que no es de su marido se presume que el hijo es matrimonial. Sin embargo, la identidad filiatoria de paternidad puede ser cuestionada previsto en el **Artículo 363°** del Código Civil, que a la letra dice: “*Negación de paternidad. El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:*

---

<sup>48</sup> STC en el Exp. N° 0010-2002-AI/TC, del 03 de enero del 2003, F. J. 218.

- 1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.*
- 2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.*
- 3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.*
- 4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.*
- 5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.”*

Como ya señalamos, en la doctrina del derecho de familia, el Artículo bajo comentario utiliza de forma indistinta la denominación tanto para los supuestos de negación de paternidad como para los casos de impugnación de paternidad<sup>49</sup>.

Asimismo, también se puede cuestionar la identidad filiatoria de la madre, pues conforme al **Artículo 371°** del Código Civil, “la maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo”; es decir, si cuando el parto no coincide con la identidad del niño o niña. En el primer, caso cuando la mujer que fue declarada madre no dio a luz al niño o a la niña, y en el segundo caso, cuando el hijo que se inscribe como suya no es la que dio a luz.

### **3.2. La filiación extramatrimonial e identidad del menor**

Para establecer la filiación extramatrimonial se tiene como únicos medios probatorios: 1) el reconocimiento y 2) la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad, así lo señala el **Artículo 387°** del Código Civil.

---

<sup>49</sup> E. BUSTAMANTE OYAGUE, “Contestación de la paternidad”, Gaceta jurídica, Lima, 2005, p. 622.



Por lo tanto, será padre aquel que así fue reconocido en la partida de nacimiento o aquel que fue declarado por sentencia judicial. Respecto a la madre, al igual que en la filiación matrimonial, será la que dio a luz como producto de un embarazo.

El reconocimiento, como señala Aguilar Llanos, “*viene a ser el acto jurídico, libre y voluntario por el que una persona manifiesta su paternidad o maternidad extramatrimonial respecto de otra*”<sup>50</sup>. También lo dijo Peralta, que el reconocimiento es voluntario.

Los hijos extramatrimoniales, es decir los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio, conforme al **Artículo 388°** pueden ser reconocidos por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos. También pueden ser reconocidos por los abuelos y las abuelas de la respectiva línea conforme al **Artículo 389°** del Código Civil.

Por otro lado, la sentencia judicial de paternidad o maternidad es aquella que se emite en un proceso judicial extramatrimonial, conforme a las reglas establecidas en la **Ley N° 28457**, que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, teniendo en cuenta las normas del Código Civil que van desde el **Artículo 386° al 417°**.

Esta no es voluntaria como el reconocimiento, sino es en un proceso judicial, el juez mediante una sentencia determina la paternidad o maternidad basada en pruebas relativas al nexo biológico.

Por el reconocimiento queda establecido la relación paterno filial, o materno filial, por lo tanto, el hijo tendrá todos los derechos que la ley les reconoce como tal, alimentos, educación, herencia, nombre, y demás, y respecto a los padres, se aplicará las normas que regulan la patria potestad, alimentos, herencia y consentimiento nupcial, de igual manera pasaría en los casos de tutela, curatela y demás<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> B. AGUILAR LLANOS, Tratado de Derecho de Familia, Lex & Iuris, Lima, 2016, cit. p. 265.

<sup>51</sup> J. R. PERALTA ANDÍA, Derecho de familia en el Código Civil, cit., pp. 471-473.

Además de lo expresado anteriormente, el reconocimiento de hijos extramatrimoniales también genera consecuencias jurídicas de segundo orden, como son:

- a) Adquieren los apellidos del progenitor que lo haya reconocido voluntariamente, si ambos padres hubieran efectuado el reconocimiento llevará el apellido de los dos. El hijo llevará los apellidos del padreo o la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, sin embargo, esto no genera vínculo de filiación.
- b) Consentimiento para matrimonio de menores, si se trata de hijos extramatrimoniales, requieren sólo autorización del padre que lo hubiera reconocido o, en su caso, de los abuelos paternos, cuando aquél lo hubiera reconocido espontáneamente. La misma regla se aplica a la madre y a los abuelos en la línea materna.
- c) En Instituciones de amparo familiar, el padre o madre sobreviviente tiene la facultad de nombrar tutor testamentario o escriturario para los hijos que estén bajo su patria potestad, si no hay tal designación los abuelos y demás ascendientes ejercen tutela legítima, mas ésta queda supeditada a la confirmación del juez. No obstante, no podrán ser tutores quienes estén excluidos expresamente de la tutela por el padre o madre que reconoció al hijo extramatrimonial.

Por lo revisado en párrafos anteriores, se debe concluir que el niño no debe quedar sin una identidad ni filiación, esto en cumplimiento del interés superior del niño.

## CAPÍTULO III

### EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO PRINCIPIO

#### 1. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

##### 1.1. Concepto

Por interés superior de niño se entiende, aquello que garantiza al niño un desarrollo integral y una vida digna, que implica brindarle al niño las condiciones materiales y afectivas que le permitan vivir plenamente, gozando del máximo bienestar posible.

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en su **Artículo 3° numeral 1**, ha dispuesto que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Esta norma internacional de derechos humanos, es vigente en nuestro país por haber sido ratificada<sup>52</sup>. Por ella se establece la preminencia del Principio de Interés Superior del Niño frente a otros derechos, así como de especial atención para cualquier órgano estatal o privado.

Sobre la base de esta norma internacional de derechos humanos, nuestro Código de Niños y Adolescentes, en su Artículo IX del Título Preliminar establece que *“en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de*

---

<sup>52</sup> La Convención de los Derechos del Niño, fue ratificado por el Perú el 03 de agosto de 1990, mediante Resolución Legislativa N° 25278, por lo que forma parte de nuestro derecho interno, toda vez que conforme al Artículo 55° de la Constitución señala que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la misma Constitución prevé que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

*la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.*

De manera que el interés superior del niño se constituye en un derecho, y a la vez en un principio, así como una norma que otorga al niño el derecho para que en toda acción o medida que se tome concerniente a su persona se considere primordialmente lo que más le convenga, con el fin de garantizar sus derechos fundamentales.

A nivel doctrinal Benjamín Aguilar nos dice que por el Principio de Interés Superior del Niño en cualquier medida, acción y/o política que se emita debe considerarse como prioritario lo que sea más conveniente para ellos y que antes de considerar otro interés debe preferirse el interés del niño.

Su supervivencia, protección y desarrollo debe estar por encima de todo. Así, es enfático al señalar que el interés torna a las normas que atañen al infante en normas de orden público, es decir de obligatorio cumplimiento.

En ese sentido, el principio del interés superior del niño implica que la consideración del interés del niño debe primar al momento de resolver sobre cualquier cuestión que directa o indirectamente le afecten al niño.

## **1.2. Funciones principales**

Respecto al **párrafo 1 del Artículo 3°** de la Convención de los Derechos del Niño, el Comité de los Derechos del Niño, emite la Observación general N° 14 (2013). En su fundamento 6 señala que “el Principio de Interés Superior del Niño es un concepto triple: Un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento”<sup>53</sup>, lo explicamos a continuación.

### **1.2.1. Es un derecho sustantivo**

Implica que en cualquier cuestión directa o indirectamente que afecte al niño, su interés superior sea considerado de manera primordial.

---

<sup>53</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Artículo 3, párrafo 1). Naciones Unidas, 29 de mayo del 2013.

El Comité de los Derechos del Niño al respecto dice: “es derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general”<sup>54</sup>.

De esta manera el Principio de Interés Superior del Niño, se constituye en un derecho sustantivo de todo menor, de aplicación directa e inmediata, en cualquier situación o conflicto que lo involucre.

### **1.2.2. Es un principio jurídico interpretativo fundamental**

Constituye un principio interpretativo de carácter fundamental porque es enunciado normativo orientador en situaciones donde estén involucrados derechos de niños y adolescentes.

Conforme al Comité de los Derechos del Niño significa que *“si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la convención y sus protocolos facultativos establecen el marco interpretativo”*<sup>55</sup>.

De esta manera el Principio de Interés Superior del Niño, constituye norma fundamental de toda interpretación que se haga al momento de aplicar las normas referidas a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

### **1.2.3. Es una norma de procedimiento**

Tiene esta connotación por cuanto en cualquier trámite o proceso que involucren derechos de los niños, se debe seguir el proceso que más favorezca al Interés Superior del Niño y del Adolescente.

Conforme al Comité de los Derechos del Niño significa que *“siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños*

---

<sup>54</sup> Comité de los derechos del niño. Observación general N° 14 (2013), cit. Fundamento 6.

<sup>55</sup> Comité de los derechos del niño. Observación general N° 14 (2013), cit. Fundamento 6.

*concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados”.*

*“En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”<sup>56</sup>.*

A nivel doctrinal Miguel Cillero señala que *“la noción de interés superior es una garantía de que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen”<sup>57</sup>.*

Además, entre las funciones que cumple este principio señala: la interpretación jurídica para reconocer el carácter integral de los derechos del niño y la niña, dar prioridad en las políticas públicas en cuanto a temas relacionados a niños, que los intereses de los niños prevalezcan sobre otros y promover la participación activa de padres y estado en conjunto.

De modo que, conforme a las previsiones establecidas en las normas internacionales sobre derechos humanos y derecho nacional, el Principio de Interés Superior del Niño tiene una triple función: constituir un derecho sustantivo, ser un principio y como tal obliga que en aquellos casos donde se involucren derechos de niños y adolescentes, se interprete conforme al Interés Superior del niño y adolescente.

Y finalmente, tiene la función de ser una norma de procedimiento que ordena que en todo acto, medida o procedimiento se considere de manera primordial el interés superior, a fin de garantizar sus derechos.

---

<sup>56</sup> Comité de los derechos del niño. Observación general N° 14 (2013), cit. Fundamento 6.

<sup>57</sup> M. CILLERO BRUÑOL, Artículo El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño, [http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf), consultado por última vez 14/05/2019 . p. 10.

### 1.3. Obligados por el Principio de Interés Superior del Niño

En nuestro país, si bien nuestra constitución no regula expresamente el Principio de Interés Superior del Niño, el Tribunal Constitucional ha precisado que *“teniendo presente que el interés superior del niño es el principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño”*<sup>58</sup>.

En base a la múltiple jurisprudencia desarrollada por diferentes entes y también dentro de esta investigación, el Principio de Interés Superior del Niño en nuestro país goza de rango constitucional, por lo tanto, es un derecho fundamental de obligatorio cumplimiento para todas las personas, así como entidades públicas y privadas.

Así podemos señalar tres niveles de obligado cumplimiento:

**Los padres** del niño, niña o adolescente, que abarca también a la familia, haciendo que estos sean los directos obligados a cumplir con este mandato; **el Estado** que tiene la obligación de adoptar las medidas efectivas, tanto administrativas, legislativas y judiciales. Esto debe reflejarse en las políticas legislativas referentes a los derechos de los niños, niñas y adolescentes; y finalmente, **la sociedad** entera está obligada a considerar el principio de interés superior del menor. Los conflictos que involucren derechos de los niños no siempre ocurren en las instituciones públicas, también ocurren en las instituciones privadas y en conflictos entre particulares, por lo que todos estamos obligados a observar este principio en todo momento.

### 1.4. Regulación jurídica a nivel internacional y nacional

El Principio del Interés Superior del Niño tiene suma importancia dentro del ordenamiento nacional e internacional, otorgándole una protección especial a los niños y adolescentes.

---

<sup>58</sup> STC EXP. N° 01817-2009-PHC/TC, 07 de octubre del 2009, F.J. 11.

#### 1.4.1. A nivel internacional

##### a) Declaración de los Derechos del Niño

Este principio ha sido reconocido inicialmente, en la Declaración de los Derechos del Niño<sup>59</sup>, que en su segundo principio señala que *“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Esta norma constituye la primera regulación internacional sobre la protección de los derechos del niño, considerando por primera vez el interés superior del niño como un derecho y principio que debe tenerse en cuenta en cuanto a la regularización de sus derechos.

##### b) Convención sobre los Derechos del niño

Esta convención<sup>60</sup>, como ya lo hemos señalado en su **Artículo 3°** primer párrafo indica que: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Constituye entonces la normativa internacional más importante en cuanto a los derechos de los niños y ha sido ratificado por casi la totalidad de los estados del mundo, faltando solo Estados Unidos y Somalia, lo que nos hace ver el alcance y la importancia de sus normas.

---

<sup>59</sup> La Declaración de los Derechos del Niño es un tratado internacional aprobado el 20 de noviembre de 1959 de manera unánime por todos los 78 Estados miembros que componían entonces la Organización de Naciones Unidas, Organización de la cual el Perú es miembro.

<sup>60</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1989.



**c) Observación General N° 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Artículo 3, párrafo 1)**

El Comité del Niño elabora esta observación general con el objeto de *“garantizar que los estados partes en la convención den efectos al interés superior del niño y lo respeten, para lo cual define los requisitos para su debida consideración, en particular en las decisiones judiciales y administrativas, así como en otras medidas que afecten a niños con carácter individual”*<sup>61</sup>.

**1.4.2. A nivel nacional**

**a) La Constitución Política de 1993**

Nuestra constitución no ha establecido una consagración específica del Principio de Interés Superior del Niño, sin embargo, en el **Artículo 4°** establece que *“la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...)”*, a partir del cual se entiende que existe una implícita consagración constitucional a dicho Principio.

En virtud de este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tienen que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social<sup>62</sup>.

**b) El Código de Niños y Adolescentes**

A través de esta norma en nuestro país, se reconoce expresamente el Principio de Interés Superior del Niño, que además es considerada en las normas internacionales anteriormente repasadas; se ha establecido que dicho principio es el criterio orientador que servirá para resolver conflictos de derecho en los

---

<sup>61</sup> COMITÉ DEL NIÑO. Observación General N° 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Artículo 3, párrafo 1). Fundamento 10.

<sup>62</sup> STC Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, 07 de octubre del 2009, F.J. 11

que los niños, niñas y adolescentes se puedan ver involucrados, en nuestro país.

**c) Ley N° 30466 y su reglamento, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.**

Tiene por objeto *“establecer parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño en los procesos y procedimientos en los que estén inmersos los derechos de los niños y adolescentes”*.

Ello nos hace ver que esta normativa establece normas de aplicación del Principio de Interés Superior del Niño que se encuentran en el Artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes.

De manera concreta establece los parámetros de aplicación del interés superior del niño, tomando en cuenta los siguientes: son de carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño, reconocer a los niños como titulares de derechos, son de alcance global, se debe respetar y acatar lo establecido por este documento, reconocer el efecto en diferentes tiempos conforme el niño va desarrollándose.

Asimismo, nos hace ver que los derechos de los niños, niñas y adolescentes constituyen derechos humanos, por lo tanto, deben ser tratados como tal, tomando en cuenta que ellos deben tener una atención especial, justamente por su situación de inexperiencia y personas en desarrollo.

Esta normativa también busca garantizar que los procesos que involucren a niños, niñas y adolescentes siempre consideren primordialmente el interés superior del menor.

### **1.5. Otros principios conexos con el Principio del Interés Superior del Niño**

Cuando hay problemas familiares y como consecuencia de ellos la familia se resquebraja, es completamente necesario ver la situación de los hijos. Lo común es que uno de los padres se queda permanentemente con los hijos, pero también hay

casos en que ambos quieren asumir la obligación de tener y cuidar de sus hijos y otros casos donde ninguno desea asumir dicha obligación.

En estos casos es común llegar a conflictos, e incluso realizar acciones no acordes a su rol, como sustracción, ocultamiento, entre otros, con la consecuente vulneración de los derechos del niño a la libertad individual, a la integridad personal, a tener una familia y a no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral, a la educación y al libre desarrollo de su personalidad, etc.

En tal sentido, para proteger al menor, niño o adolescente, se debe tener en cuenta el respeto de principios y derechos tal y como ha señalado el Tribunal constitucional en sentencia<sup>63</sup>:

- a.- El principio de protección especial del niño.
- b.- El principio del interés superior del niño.
- c.- El derecho a tener una familia y no ser separado de ella.
- d.- El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.
- e.- El derecho al desarrollo armónico e integral”.

También debemos tener en cuenta otros principios como los que se mencionan. Por ello, también nos ocuparemos de una manera sucinta de ellos:

**a) El principio de protección especial del niño y adolescente**

Como el mismo Tribunal Constitucional ha señalado, *“en virtud de este principio el niño tiene derecho a disfrutar de una atención y protección especial y a gozar de las oportunidades para desarrollarse de una manera saludable, integral y normal, en condiciones de libertad y de dignidad. Por ello, ningún acto legislativo puede desconocer los derechos de los niños ni prever medidas inadecuadas para garantizar su desarrollo integral y armónico, pues en virtud del Artículo 4º de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) del niño se erige como un objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el*

---

<sup>63</sup> STC Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, 07 de octubre de 2009, F.J. 3.

*Estado*”<sup>64</sup>. El principio de protección especial del niño en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es considerado como un principio fundamental de la persona humana.

La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño fue la primera en enunciar que los niños deben merecer especial protección de parte de la humanidad.

Luego, la Declaración de los Derechos del Niño, en su principio 2, señala que el *“niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”*.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su **Artículo 25.2** reconoce este principio al señalar que los niños en periodo de infancia *“tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”*.

El **Artículo 3.2** de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que los *“Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”* y el **Artículo 19º** de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que *“todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*.

Este principio protección especial del niño también es reconocido por los **Artículos 23.4 y 24.1** del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el **Artículo 10.3** del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Como podemos ver, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la *“protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo*

---

<sup>64</sup> STC Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, 07 de octubre del 2009, F.J. 7.

*último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos”*<sup>65</sup>

**b) El Derecho a tener una familia y no ser separado de ella**

El Tribunal Constitucional ha señalado que *“el niño tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños”*<sup>66</sup>.

En ese sentido, el disfrutar mutuamente de una convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella: Incluso cuando los padres estén separados de sus hijos, impone que la convivencia familiar esté garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar.

**c) El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material**

Es muy importante que el niño, la niña y adolescente crezca en un ambiente de afecto, a fin de formar su carácter y temperamento equilibrado.

Por ello, la unidad y estabilidad familiar son indispensables para un desarrollo armónico e integral del niño, niña y adolescente, como también la presencia activa, participativa y permanente de los padres.

El cuidado y amor que los padres le prodigan, así como el respeto a sus cualidades particulares de los niños, aseguran que éste crezca y se desarrolle adecuadamente.

A nivel de normas internacionales de Derechos Humanos, en la Declaración de los Derechos del Niño en su Principio 6 establece que, *“el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión.*

---

<sup>65</sup> CORTE IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Capítulo VI, ítem 53. Revisado por última vez 12/10/18 [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)

<sup>66</sup> STC Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, 07 de octubre de 2009, F.J. 15.

*Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material”.*

**d) El derecho al desarrollo armónico e integral del niño.**

Este principio implica que todo niño, niña o adolescente debe desarrollarse de manera armónica en todos los ámbitos de su vida, para lo cual requiere vivir en una familia estable, donde los padres estén presentes y que participen activamente en la formación del menor, teniendo en cuenta la unicidad y particularidad de los hijos.

UNICEF ha señalado que *“teniendo en cuenta que cada niño es único y como tal, tiene sus propias características e intereses, debe respetarse su integridad y sus creencias más profundas, sabiendo que las mejores decisiones a tomar son las que se ajustan al menor, con la finalidad de favorecer su crecimiento armónico e integral del menor”*<sup>67</sup>.

Tenemos casos donde los hijos viven separados de sus padres, sin embargo, ellos no pueden quedar desamparados por la ley, es así que el **Artículo 9.3** de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que *“las partes tienen el deber de respetar, el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”*.

El cumplimiento de esta norma no es solo deber del estado, sino de toda la sociedad y la comunidad en general, por lo que también asumen dicha responsabilidad. Cabe recordar que el desarrollo armónico e integral del niño, niña y adolescente no es solo tarea de los padres, sino también del Estado y de la comunidad en general, pues los niños son los adultos que van a dirigir nuestra sociedad.

---

<sup>67</sup> W. DUEÑAS TREVIÑO, *Otorgamiento de tenencia de niños y adolescentes a personas distintas a los padres*. Arequipa-2016. Repositorio Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa, p. 82.

## **CAPÍTULO IV**

### **MATERNIDAD SUBROGADA**

En la actualidad el tema de maternidad subrogada sigue creando polémica por las consideraciones éticas, jurídicas, económicas y sociales que surgen al respecto, ya que, aunque sea un avance científico, se ve involucrado un valor universal que es la vida.

Entendemos que la subrogada es una mujer que gesta un bebé para otra persona, en Perú están utilizando esta técnica las parejas heterosexuales donde uno de ellos o ambos tienen problemas de infertilidad, como veremos en los casos descritos más adelante.

Para abarcar este tema debemos señalar que hay dos tipos de subrogación, la conocida como tradicional y la llamada gestacional o parcial. La primera implica que la subrogada sea inseminada artificialmente con el espermatozoides del hombre que desea ser padre o por un donante anónimo de espermatozoides, en este caso la madre subrogada aporta su propio óvulo, existiendo un vínculo genético del concebido con la mujer gestante. Por el contrario, la subrogación gestacional, es la más habitual porque lo que desean los nuevos padres es que no exista vínculo genético entre el bebé y la gestante.

En este último caso ambos padres volitivos (que tiene la voluntad de procrear) pueden donar sus gametos, y existe la otra variante donde la madre psicoafectiva o volitiva no puede aportar el material genético por lo que se combinan los óvulos de la donante con el espermatozoides del padre y, los embriones obtenidos tras la fertilización se transfieren a la gestadora, que es una persona distinta de la donante de óvulos.

La implícita consecuencia que trae las técnicas de reproducción asistida es la separación de la maternidad gestacional y genética. La subrogación desafía a los ideales heteronormativos ya que la maternidad entendida de forma tradicional y delimitada va contra la naturaleza. La mujer que actúa como subrogada rechaza la maternidad, dejando el cuidado del bebé a otra mujer y es aquí que se origina el problema, ya que ante el vacío legal en la legislación peruana madre es la que alumbró al concebido. En muchos casos la madre subrogada entrega al bebé pero el sistema peruano la reconoce legalmente como madre y no reconoce a la madre psicoafectiva o volitiva (mujer que deseó ser madre), poniendo en riesgo la identidad del niño.

Para entender un poco más este tema, explicaremos algunos conceptos necesarios sobre las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS).

## 1. Técnicas de Reproducción Asistida

### 1.1. Concepto

El ser humano es el fruto del encuentro entre un espermatozoide y un óvulo, producto de una relación sexual de un hombre y una mujer. Sin embargo, por múltiples razones y en muchos casos, la fecundación no llega a darse.

Es allí donde se idean las **técnicas de reproducción asistida**, intentando ayudar a que este proceso siga su curso cuando se resiste persistentemente. Debemos decir que su aplicación la mayoría de veces ha entrado en contradicción con la ética y colisionado con el respeto a la dignidad de la persona humana.

Las **Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS)** “*son técnicas empleadas para concebir un ser humano fuera de la intimidad del acto sexual, con la intervención de terceras personas, técnicas en la materia y gran parte de las veces fuera del hábitat natural en que esto acontece, o al menos alterando o interviniendo en tal hábitat*”<sup>68</sup>

Similarmente, Varsi Rospigliosi nos dice que las técnicas de reproducción asistida son los métodos técnicos que sirven para contrarrestar la infertilidad en la persona, brindándoles la posibilidad de tener una familia. No son una terapia pues nada curan, solamente palían los efectos de la esterilidad.

Es decir, las TERAS son métodos supletorios, no alternativos. Son supletorios porque buscan superar una deficiencia biológica o síquica que impide tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o resultados ineficaces.

Como acto médico, robustecen el derecho a la salud reproductiva positiva (tener descendencia) y no es alternativo, pues su la finalidad directa es la procreación<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> J. BALLESTEROS y E. FERNÁNDEZ, Encarnación. *Biotecnología y pos humanismo*, editorial Aranzadi, Navarra, 2007, p. 490

<sup>69</sup> E. VARSÍ ROSPIGLIOSI. *Derecho Genético*, 2º Ed., Normas Legales S.A. 1997, Trujillo, p. 53.



Al margen de lo cuestionable que resulta afirmar la existencia sin más de los llamados “derechos sexuales y reproductivos”, entendidos estos últimos como, por ejemplo, el derecho a tener descendencia o lo que es lo mismo, el derecho a tener un hijo, pues creemos que el supuesto “derecho al hijo” atenta contra la dignidad de este último ya que lo considera como un medio y no como un fin en sí mismo.

Queda claro que las técnicas de reproducción asistida, no poseen un carácter terapéutico ya que estas no remedian las causas de la esterilidad. Por ello, a pesar de que una pareja logre concebir, de todas formas, uno o ambos de sus integrantes seguirán siendo estériles.<sup>70</sup>

Ahora, debe tomarse en cuenta la valoración bioética de las TERAS, en nuestro país. La Bioética cuenta con un marco legal, regulado mediante **Decreto Supremo N° 013-2001-SA**, mediante el cual se crea en el Ministerio de Salud, el Consejo Nacional de Bioética, encargado de proteger los derechos y el bienestar de los seres humanos que participen como sujetos de experimentación en proyectos de investigación científica, en el marco de los principios éticos, bioéticos y deontológicos en las diversas etapas del proceso que investiga.

Por otro lado, también tenemos el **Decreto Supremo 011-2011-JUS**, que aprueba los “*Lineamientos para garantizar el ejercicio de la Bioética desde el reconocimiento de los Derechos Humanos*”, los mismos que constituyen un referente vinculante para toda la investigación y aplicación científica y tecnológica en torno a la vida humana en el país.

A ello hay que agregar que, se interpretan de modo unitario e integral, destacando primordialmente el respeto de la persona humana y su inherente dignidad. Este decreto se constituye en la primera fuente normativa que garantiza el ejercicio de la Bioética en nuestra legislación nacional.<sup>71</sup>

Sin embargo, estos lineamientos no ayudan a garantizar que estas técnicas sean bien utilizadas puesto que no existe una norma prohibitiva de las mismas.

---

<sup>70</sup> A. TORRES FLOR, *Derecho a la Identidad y reproducción humana asistida Heteróloga*. Fondo Editorial Universidad Católica San Pablo, Arequipa, 2014, pp. 41 y 42

<sup>71</sup> A. TORRES FLOR, *Derecho a la Identidad y reproducción humana asistida Heteróloga*. pp. 43 y 44

## **1.2. Tipos de reproducción asistida**

En el campo de la biomedicina se habla de tres técnicas de reproducción asistida o artificial: la reproducción asistida in situ o intracorpórea, que se refiere al proceso de reproducción que se lleva a cabo dentro del cuerpo de la mujer. La reproducción asistida in vitro o extracorpórea, que se refiere al proceso de reproducción cuya fecundación se lleva a cabo fuera del cuerpo de la mujer, seguido de la transferencia del óvulo fecundado al cuerpo de la mujer. La clonación, que se efectúa a través de la manipulación genética de la célula madre y que actualmente es la más detestable desde la perspectiva humana.

En el presente, por la naturaleza del presente trabajo nos ocuparemos de los dos primeros grupos, pues en este marco es donde se presentan los casos de maternidad subrogada.

## **1.3. Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro**

La técnica de inseminación artificial o intracorpórea (IA) se da cuando es el hombre quien tiene problemas para procrear, en este caso se introduce artificialmente (y no por el acto sexual), el semen del hombre en el organismo de la mujer, y de esta manera se produce la fecundación de manera natural<sup>72</sup>.

La técnica de la fecundación in vitro o extracorpórea “se usa cuando el problema radica en la mujer, y que consiste en extraer los gametos masculinos y femeninos para realizar la unión en una probeta, fuera del ambiente natural”<sup>73</sup>.

Estas técnicas pueden ser:

- a.- Homóloga o Interconyugal. - Cuando se realiza entre personas que están unidas por vínculos conyugales o de concubinato.
- b.- Heteróloga o extraconyugal. - Cuando se realiza usando material genético aportado por un tercero, un cedente distinto a la pareja de cónyuges o de concubinos.

---

<sup>72</sup> J. ELIZARI BASTERRA, *Bioética*, Ediciones Paulinas, España, 1991. p. 52.

<sup>73</sup> *Ibídem*.

c.- Mixta. - Se realiza usando y mezclando material genético del esposo o del concubino con el de un cedente.

Vistas las cosas, aquí empieza el problema y la confusión que existirá en determinar la paternidad legal y la biológica, por cuanto a través de las técnicas heterólogas no se sabrá quién es el padre biológico ya que es una persona diferente al padre legal.

Por ende, en las técnicas mixtas, no hay certeza sobre la pertenencia del material genético que ha logrado fecundar al óvulo. Es por ello que desde iniciadas estas prácticas, surgen las protestas y cuestionamientos en torno a estas prácticas.

Como cuenta Lacruz Berdejo, a manera de curioso antecedente histórico, se alzaron otras voces de protesta, de las cuales se tiene noticias mediante un cable de Moscú del 20 de marzo de 1986, que informó que la juventud de comunistas de la (entonces) URSS, a través de su órgano de prensa *“komsomlskeia pravda”*, califican al “fenómeno de las barrigas alquiladas” como *“una fatal extravagancia de la sociedad capitalista”*.

Además, agrega que *“el embrión producto de ese procedimiento es convertido en objeto de compra y venta”* y que *“los factores biológicos fuertemente arraigado en la reproducción humana quedan destruidos”*.

El informativo se refiere a las mujeres que ofrecen su útero de la siguiente manera: *“Nosotros las condenamos por haber parido para los ricos”*, aunque puntualizan que *“ellas son dignas de lástima en tanto que son víctimas de un mundo basado en el lucro y en el consumo”*. Los jóvenes marxista-leninistas enfatizan que el don de la maternidad se convierte en un cínico alquiler.

Es dentro de esta óptica que debemos analizar todos los fenómenos sociales, pues aquella juventud comunista partió de una concepción equivocada al referirse a la mujer que ofrece su útero.

Por encima de cualquier elaboración teórica, estamos frente a una realidad coyuntural, en la cual los avances de la ciencia estarían al servicio de quienes no pueden tener hijos; pero que no tienen, como apunta un atento sector de la doctrina<sup>74</sup>,

---

74 E. DÍAZ DE GUIJARRO, *Carácter personalísimo de la voluntad humana creadora del acto jurídico filial*, J.A., 28-175, 570. En sentido crítico, Miguel Ángel Soto la Madrid, observa que “la voluntad procreacional, (...)”

la “voluntad procreacional” y que necesitan para tal efecto, de cedentes con un “fin impersonal”.

Personalmente abrazo la convicción de que la sociedad peruana comprenda la magnitud de las fatídicas consecuencias que conlleva este proceso genético.

#### **1.4. La problemática de la inseminación artificial y la fecundación in vitro**

El problema surge desde la denominación, pues debería denominarse inseminación y no fecundación artificial ya que el proceso de fecundación se hace naturalmente, en cambio sería inseminación si el proceso de fecundación no se realiza naturalmente, debido a que intervienen los mecanismos utilizados por los científicos.

En julio de 1978 sucedió en Londres, un hecho que estremeció al mundo entero, el primer nacimiento de la niña probeta Louise Brown. A partir de este hecho han surgido una serie de controversias, puntos de vista dispares, opiniones favorables y como los de la Iglesia Católica, totalmente en contra.

Lo cierto es que la inseminación artificial y la fertilización *in vitro* han marcado un hito en el avance científico de la humanidad, creando cuestionamientos de índoles moral y consecuentemente jurídico.

El problema que se nos presenta es “*saber si es moralmente aceptable una práctica biológica, como la operada en el laboratorio*”<sup>75</sup> más aún “*debe esclarecerse si la esterilidad es un tipo de sufrimiento y si la adopción constituye o no el medio suficiente para satisfacer el explicable deseo de la maternidad o paternidad frustrado*”.<sup>76</sup>

---

debe acompañar a la responsabilidad procreacional, derivada del mero hecho biológico de la procreación, como complemento indispensable para que la parentalidad cumpla sus fines humanizadores, ¡y para que los padres protejan y eduquen a sus hijos con amor! Citado por Miguel Ángel SOTO LA MADRID, Biogenética, filiación La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho, Astrea, Buenos Aires, 19990, p. 74. Nota 104

<sup>75</sup> C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Los embriones de Melbourne, en El Comercio domingo 17 de noviembre de 1985, p. 35

<sup>76</sup> MAX ARIAS-SCHREIBER PEZET, Genética y Derecho, en El Comercio, domingo 17 de noviembre de 1985.

En mi opinión, en muchos casos de esterilidad se opta por la fecundación *in vitro*, teniendo como fundamento el derecho del que goza todo ser humano a tener hijos, es decir el “derecho a procrear”, el cual encuentra su límite al tener que respetar otro valor fundamental que es el de la dignidad humana y principalmente la vida.

En el caso peruano existen muchos niños en abandono que necesitan un amparo familiar y legal, es decir, la adopción. Sin embargo, la idea que se ha vendido a través de la fecundación *in vitro* es procrear vida humana con genes de ambos padres es decir tendrían vínculo sanguíneo y genético, contrario sensu de lo que ocurre con la adopción. Es por este motivo que muchas familias con problemas de infertilidad optan por estas modernas técnicas.

Existen divergencias respecto de la procedencia o no, de una de sus modalidades: la **inseminación y fecundación artificial heterólogas**, por medio de la cual, si bien existe una pareja estable, es decir un hombre y una mujer, se requiere la intervención de un tercero en la calidad de *donante*; a diferencia de la **inseminación y fecundación artificial homólogas**, las cuales se practican solo entre los miembros de una pareja estable.<sup>77</sup>

Por ende, la maternidad subrogada está dentro de la inseminación artificial heteróloga, pues se necesita el vientre de una mujer que no es la madre genética. **Y si bien no es moral ni ético, aplicar esta técnica, ya hay casos en los juzgados que nos demuestras que ya se aplicaron y hay que dar una solución a los casos existentes o venideros, uniformizando un criterio para resolverlos.**

En la inseminación artificial heteróloga, uno de los problemas a resolver, es la filiación, debido a que en muchos casos esta no puede establecerse de modo claro, pues en la maternidad subrogada convergen madres genéticas y legales, lo que da cabida a “*la vulneración de derechos del niño como el derecho a la identidad genética y el derecho de conocer*”.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> J.L. LACRUZ BERDEJO. *Hijos artificiales y madre de alquiler*. ABC, Madrid, 1987, P. 99.

<sup>78</sup> G. PEYRANO, *Bioética, Dignidad y Derecho*, en Revista JA, Tomo III, España, 2003, p. 1037.

Bajo la idea de evitar cualquier posible afectación a las relaciones familiares de la pareja receptora, era común que el niño crezca creyendo una verdad biológica que no coincidía con la realidad, se le ocultaba su origen biológico<sup>79</sup>.

Con la consagración de los derechos del niño a través de la Convención Internacional, el principio del interés superior del niño, el fortalecimiento de los derechos fundamentales de los infantes y la asignación que se les brinda como sujeto de derechos, muchas concepciones fueron cambiando, se entiende pues que no sólo convergen los derechos e intereses del donante, sino también los intereses y derechos del ser humano nacido de un proceso de reproducción asistida.

La evolución de los derechos del niño dio lugar a nuevas concepciones, se ha venido confinando el manto del padre anónimo y el derecho a la intimidad genética, en la idea que el niño en su calidad de sujeto de derechos tiene la plena potestad de conocer sus orígenes biológicos.

Y esto porque el carácter medular de la aspiración del ser humano, es conocer quiénes lo han engendrado; conocer su identidad está por encima del derecho de los padres a resguardar su intimidad y en caso de contraposición entre ambos derechos el primero debe prevalecer.

El Derecho a la Identidad que implica saber quién eres, de donde provienes y cuál es tu historia. Este es un derecho fundamental de toda persona.

### **1.5. Diferencia entre la fecundación in vitro y la fertilización en la mujer**

La fertilización en la mujer es distinta a la fecundación *in vitro*, pues esta última se realiza extracorpóreamente y la fertilización en la mujer, como su nombre lo indica, se efectúa en su mismo cuerpo, pero con el espermatozoides de un hombre que no ha sido depositado en la forma natural, es decir, mediante relaciones sexuales, sino mediante un procedimiento científico especial.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> E. VARSI ROSPLIGLIOSI, *Derecho Genético*, ob. cit.

<sup>80</sup> Ídem, pág. 121

Por lo tanto, la maternidad subrogada heteróloga, estaría clasificada dentro de la llamada fertilización de la mujer. Como señala el autor: *“La semejanza entre la fecundación in vitro y la fertilización en la mujer se da, en que en ambas se prescinde del normal acto sexual generador, radicando su diferencia en que, la primera se realiza fuera del cuerpo de la mujer y en la segunda, la concepción sí se efectúa en su cuerpo*<sup>81</sup>.”

Para el caso, nuestro sistema jurídico no establece una sanción expresa. Lo único que puede hacer un operador jurídico, es la sanción de nulidad de este contrato (si es que se ha pactado una contraprestación económica), por ser un acto contrario al orden público.

Por otro lado, si se discute la maternidad del menor nacido por este tipo de técnica, la declaración de nulidad no ayuda mucho. Al respecto, es necesario hacer una aclaración previa y para ello nos remitimos al primer párrafo del **Artículo 6° del Código Civil** “[...] Empero son válidos si su existencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios”.

Entonces debe tomarse en cuenta que en el caso de la mujer que ofrece su útero, se presentan dos hipótesis, a saber:

- a) Cuando la mujer oferente no solo cede su útero, sino también sus óvulos.
- b) Cuando solo se cede el útero, transfiriendo un embrión concebido extracorpóreamente.

En el presente trabajo estaremos frente a casos judiciales que se dieron con la segunda hipótesis.

---

<sup>81</sup> J.L. LACRUZ BERDEJO. *Hijos artificiales y madre de alquiler*. ABC, Madrid, 1987, p. 122.

## 2. MATERNIDAD SUBROGADA

### 2.1. Conceptualización

La maternidad “*es entendida como un estado propio de la mujer, fruto de un proceso biológico o de una adopción. Sin embargo, en la actualidad, los avances científicos y el desarrollo de técnicas de reproducción asistida han dado origen a nuevas representaciones sociales de la maternidad, así como figuras jurídicas que ponen de manifiesto un cambio en los parámetros tradicionales que definen este concepto*”.<sup>82</sup>

Por ello, denominaciones como maternidad subrogada, maternidad sustituida, vientre de alquiler, gestación por contrato, gestación por sustitución, entre otros, se difunden para referirse al proceso en que una mujer gesta un bebe ajeno (genéticamente) para otra y por el cual le pagan, en algunos casos, una cantidad de dinero, a condición de desligarse de la criatura al nacer. En otros casos actúan de manera altruista.

En ese sentido, “*se entiende por maternidad subrogada a la práctica mediante la cual una mujer gesta a un niño o niña por encargo de otra persona o de una pareja ante quien o quienes se compromete a entregar al recién nacido renunciando a sus propios derechos de madre, por lo general a cambio de una suma de dinero*”<sup>83</sup>.

### 2.2. Tipos de maternidad subrogada

Aunque hay cierta unanimidad en la definición de la maternidad subrogada, aún no se puede deslindar sobre los tipos o modalidades que se presentan, pues, este concepto en la literatura jurídica y académica comprende, tanto a la mujer que es madre genética y gestacional, y también a la madre únicamente gestacional.

Scotti señala que en general, “la maternidad subrogada presenta dos modalidades, la tradicional (*traditional surrogacy*) y la gestacional (*gestational surrogacy*)”.

---

<sup>82</sup> L. MIR, “La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada”, En Revista Red bioética/UNESCO, Vol. 1, N° 1 pp. 178.

<sup>83</sup>J. M. CAMACHO, Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores, 2009, p. 01. Disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>



Como se ha señalado brevemente al inicio del capítulo, en la primera modalidad, la madre subrogada también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con espermatozoides del padre comitente (volitivo) o de un donante. Puesto que es la propia gestante quien aporta los gametos femeninos, es suficiente el recurso para la inseminación artificial.

En la maternidad subrogada gestacional, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente. Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada con ella por razón de amistad o parentesco o bien, una donante anónima<sup>84</sup>.

Sobre el caso de la maternidad subrogada y para ser más precisos, Varsi Rospigliosi, habla de cuatro formas:

- a) **Madre Portadora.** - *La mujer genera óvulos, pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labor biológica. Es un caso de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de trigeración humana: 1) aporte de espermatozoides del marido, 2) aporte de óvulo de su mujer y 3) la madre gestante es una tercera.*
- b) **Madre Sustituta.** - *La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir, hay deficiencia ovárica y uterina por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es el caso de una maternidad integral. Se produce un caso de pregeneración humana: 1) espermatozoides del marido, y 2) inseminación en tercera mujer.*
- c) **Ovodonación.** - *La mujer tiene una deficiencia ovárica, no genera óvulos, pero sí puede gestar por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeración humana 1)*

---

<sup>84</sup> L. SCOTTI, “El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”. *Revista Pensar en Derecho*, N° 1, año 1, 2012, p. 275. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, Argentina. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/revistapensar-en-derecho.pdf>

*espermatozoides del marido, 2) óvulo de una mujer cedente y, 3) gestación de la mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante.*

- d) **Embriodonación.** - *El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir, hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. Se produce un caso de multigeneración humana: 1) el embrión es de una pareja cedente, 2) el marido es infértil, y 3) el embrión es gestado por su mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante, a lo que se suma el problema de la paternidad que no le corresponderá al marido*<sup>85</sup>.

### 2.3. Problemas en la maternidad subrogada

Tenemos que tener en cuenta, que la subrogación supone que el embrión no es propio, es decir la mujer que entrega su vientre no ha aportado su material genético para la procreación.

Por ende, existirán tres tipos de figuras maternas: 1) la genética, quién aporta los gametos para la fecundación; 2) la subrogada, es quien consiente la inoculación del embrión en su ser, lleva la gestación y alumbrará al menor; y 3) la madre afectiva, es la que tiene el deseo de ser madre y solicita la donación del óvulo ya que ella no puede donarlo y también solicita un vientre donde pueda concebirse el niño.

Dicho lo anterior, ¿cuál de las tres es la madre del niño?, ¿la que dona el óvulo? ¿la que lo solicita? ¿la que da su vientre para gestar al bebé?

Como es lógico, existe un vacío legal y por ende genera problemas que afectan a los involucrados, en especial a ese pequeño ser indefenso que lo único que necesita en sus primeros días de nacido es sentirse protegido por su madre.

Queda claro que sólo generará efectos jurídicos la maternidad legal, bajo la presunción del principio "*Mater semper certa est*", es decir, que la madre del menor

---

<sup>85</sup> E. VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Derecho Genético*, cit., p. 264.

será quien dé a luz, o cuando se haya establecido su vínculo filial a través de la adopción, sin embargo, en los casos actuales de maternidad subrogada no se encuentra claro quién es la madre, y la única manera de resolver estos casos es en el Poder Judicial.

Pero dentro de los problemas existentes en la maternidad subrogada, están los siguientes temas que serán analizados bajo fundamentos éticos:

### **2.3.1. La maternidad subrogada abordada desde la antropología del parentesco**

Según la información recogida en trabajos de campo de Ragoné, (1994: 95-107); Melhuus, (2012: 23-45), es lo que ocurre con las personas quienes, en su búsqueda de la formación familiar, se ven abocadas a recurrir a las TERAs y a la maternidad subrogada. Desde sus etnoteorías del parentesco y de la reproducción humana, ampliamente compartidas en su contexto sociocultural, el evento, muchas veces inesperado, de necesitar una donación de espermatozoides, óvulo o embrión o la prestación temporal de la capacidad gestante de una mujer, para formar sus familias, hace que algunas de estas personas, aunque no todas, redefinan la realidad de lo que significa el parentesco y la reproducción. Rechazo de entrada cualquier idea de etnoteorías, que implica un modelo que existe en las cabezas de las personas acerca de cualquier tema y da lugar directamente a acciones coherentes con ese modelo.

En los procesos biomédicos, ya que el propósito es paliar una infertilidad o satisfacer un deseo de tener un hijo de una pareja que no puede lograr este fin de otra manera, son los padres y madres intencionales o volitivos, independientemente de su aportación o falta de aportación de sustancia genética, los que siempre se configuran como los sujetos reproductores y los referentes de parentesco (Thompson, 2005).

Esto se ve claramente en cualquier página web de una clínica o agencia de gestación subrogada, no solamente en Perú. Las leyes pueden fundamentar la paternidad o maternidad en el parto, en la relación de cónyuges, en la procedencia del material genético, o en la intención. Así, una madre psicoafectiva, intencional o volitiva como la llamamos en este trabajo de investigación, será legalmente, en los Estados Unidos y, si se acepta el documento del registro estadounidense en

España la madre del bebé nacido mediante un contrato de subrogación avalado por un juez será la madre intencional en este país; pero esa misma madre intencional, incluso aunque proporcione el óvulo para la formación del embrión, no será considerada madre del bebé si nace por subrogación en nuestro país, por ejemplo, teniendo que empezar el proceso de adopción y filiación cuando retorne con el bebé a Perú.

De esta manera, estos tres elementos, naturaleza, ley e intención, se enredan inevitablemente en los procesos reales de la subrogación

### **2.3.2. Maternidad subrogada como contrato**

El primer acuerdo de maternidad subrogada documentado, con empleo de la inseminación artificial, se llevó a cabo en 1976. Dicho acuerdo fue patrocinado por el abogado Noel Keane, el cual creó en Michigan la Surrogate Family Service Inc.

Tenía como finalidad ayudar a parejas infértiles, facilitándoles el acceso a madres sustitutas y gestionando los trámites jurídicos necesarios para llevar a cabo la subrogación. Esta iniciativa contribuyó a divulgar una imagen solidaria de la maternidad por subrogación: determinadas mujeres ofrecían sus úteros para permitir que mujeres incapaces de gestar pudieran tener hijos biológicos.

Sin embargo, esta visión inicial se ha ido distorsionando, siendo sustituida por otra perspectiva, en la que concurren otro tipo de finalidades menos altruistas. Progresivamente se pasó a una segunda etapa, en la que se comenzó a admitir, e incluso justificar, que la maternidad subrogada conllevara asociada una transacción económica.

De esa manera, y de forma coloquial, se empezó a hacer referencia a los «vientres de alquiler». *Recientemente, en junio de 2011, el grupo feminista israelí Isha L'Isha ha manifestado que lo que ahora sucede con la subrogación nada tiene que ver con la inicial visión del «regalo altruista que se hacía a una pareja infértil». Se ha convertido en una «granja de la fertilidad» en la que se utilizan*

*máquinas humanas a cambio de una compensación económica, lo cual implica, en realidad, una nueva forma de esclavitud.*<sup>86</sup>

En el Perú no podríamos admitir que exista un contrato para esta naturaleza ya que, hablar de contrato este debe cumplir con determinados elementos y su objeto debe ser posible lícito, determinado y determinable, por lo que al referirnos de un ser humano no tratamos a un bien y lógicamente no podría ser determinado ni determinable, ya que no se conocen sus características cuando son concebidos en sus primeros días de vida. Por lo que no se puede comercializar, ni hacer un contrato de compra venta de niños vulnerando sus derechos y su dignidad humana.

La maternidad por subrogación contradice directamente algunas exigencias básicas de la dignidad humana, ya que, en definitiva, mercantiliza, instrumentaliza, cosifica, discrimina y disgrega la unicidad personal de la mujer gestante.

### **2.3.3. El niño como objeto de litigio**

Como ya se ha indicado, la maternidad subrogada conlleva complejas relaciones que, a su vez, pueden generar un amplio abanico de cuestiones ético-legales: relación de la madre de alquiler con los donantes de los gametos o con los receptores del hijo, ya que pueden ser los mismos o diferentes sujetos (también hay que considerar que la propia madre de alquiler puede ser, al mismo tiempo, la donante del gameto femenino dando lugar a un nuevo escenario de relaciones entre madre-madres e hijo); posibles derechos de la madre portadora sobre el niño; disposiciones legales relativas a su futura relación con el gestado; etc. Estas complejas situaciones han generado, en la práctica, un aumento de litigios derivados de los procesos de subrogación. la maternidad por subrogación no es, como algunos entienden, una práctica acordada entre adultos que no perjudica a terceros y que, necesariamente, produce beneficios para todos los sujetos implicados. Por el contrario, tiene consecuencias negativas para las partes más

---

<sup>86</sup> [http://www.bioedge.org/index.php/bioethics/bioethics\\_article/9577/](http://www.bioedge.org/index.php/bioethics/bioethics_article/9577/) Consultado el 10 de mayo 2019

vulnerables y, especialmente, cosifica al hijo, subordinándolo a los deseos de los adultos.

#### **2.3.4. Vulneración de la dignidad**

Todos los seres humanos, desde una perspectiva ontológica somos dignos e iguales en dignidad, independientemente de sus características físicas, biológicas o morales, desde el inicio de la vida y hasta el fin de ella. Por ello, se señala que la dignidad es intrínseca al ser humano y por lo tanto irrenunciable.

Como lo señalan Ballesteros Llompart & Aparisi Miralles en su artículo *Biotechnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*, la dignidad no es otorgada, sino reconocida como algo que existe independientemente del reconocimiento por parte del hombre o del consenso científico o político. Y puesto que es parte de la naturaleza del hombre es transversal a todas las disciplinas que tengan que ver con su estudio y protección.

Kant, reconocido como el pensador de la dignidad por antonomasia, aclara que sólo el hombre es fin en sí mismo y no puede ser empleado como puro medio para los fines de otro. Es aquí donde entra en conflicto la dignidad del concebido y de la gestante con el pretendido derecho a la maternidad o paternidad de quién no puede concebir hijos por sí misma. En los casos de maternidad subrogada donde tanto la mujer como el hijo concebido son instrumentos para satisfacer los deseos de otras personas que deciden ser padres independientemente de cualquier límite moral o jurídico, olvidando que las personas sólo pueden ser sujetos de derechos mas no objetos de los contratos, vulnerando su dignidad. De hecho, en el informe final del 2018 de Emakunde, Instituto Vasco de la Mujer, sobre la ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? se indica que el consejo de Europa en el 2012, condenó la subrogación en la gestación por considerarla incompatible con la dignidad de las mujeres, las niñas y niños involucrados y por constituir una violación de sus derechos fundamentales.

Es típico de la modernidad, que la persona sea reducida a una pura autonomía: el sujeto humano se limita a un ser pensante y autónomo, mientras que su cuerpo es “algo”, una cosa de la que puede disponer a discreción y que no le constituye esencialmente como persona.

En consecuencia, estamos frente a un dualismo que considera que la dimensión corporal, al igual que el resto de la naturaleza, puede ser tratada como un objeto disponible y susceptible de cualquier transacción. Ello, como se puede advertir, desemboca en un liberalismo extremo, que no establece límites a la libertad contractual. Lamentablemente, todo puede ser objeto de un contrato, también el cuerpo humano y sus funciones más esenciales.

En esta línea, la concepción dualista de la persona legitima perfectamente el contrato de alquiler de vientre. El cuerpo de la mujer portadora queda reducido a desempeñar un papel puramente instrumental. Como señala Montero, la mujer: *“...está condenada a considerar su embarazo desde una perspectiva puramente funcional y no como un acontecimiento que concierne todo su ser. Tiene proscrita la formación de todo vínculo sentimental con el niño que porta en ella. Dicho de otra forma, la madre portadora pone a disposición de la pareja interesada sus funciones reproductivas, pero esta fuerte implicación corporal no se traduce en un empeño de todo su ser: la madre uterina debe vivir su embarazo en la indiferencia, en la perspectiva del abandono, con el pensamiento de que no es su hijo. De ahí la ruptura de la unidad substancial de la persona que, en una antropología humanista, es indivisiblemente cuerpo y espíritu”*<sup>87</sup>

Esta obligación también incide en la esfera jurídica del marido de la gestante, que tendrá que declarar, desde el principio, que hará todo lo que sea necesario para rechazar la presunción de paternidad

### **2.3.5. ¿Libertad o dignidad?**

El problema de si debemos regular legalmente o prohibir los embarazos subrogados es un asunto de principios. Diríamos que el principio favorito de los defensores de la regulación es el de la “libertad”, mientras que el preferido y correcto en mi opinión es de la “dignidad” de la persona gestante.

El asunto no es tan simple. Ya el propio concepto de libertad es problemático. Para unos consiste en “hacer lo que te propongas sin otro impedimento que los propios límites y el derecho de los demás”. Pero para otros consiste en otra cosa,

---

<sup>87</sup> MONTERO, E. «La maternidad de alquiler frente a la summa divisio iuris entre las personas y las cosas». *Persona y Derecho*, 72 (2015).

por ejemplo, en “actuar según principios aceptados racionalmente por uno mismo”.

La primera de las acepciones es común a las posiciones políticas liberales. Se funda en la voluntad, en la pura elección subjetiva, antes que en la razón y en una noción básica del principio de propiedad, que algo sea mío: mi cuerpo, mi vida, mis órganos, etc. Muchos justifican la maternidad subrogada y otros asuntos no menos polémicos como la prostitución, la venta de órganos o el aborto libre, atendiendo a esta concepción de la libertad.

Libertad que si no va de la mano con la dignidad abre las puertas a que este vacío legal sea utilizado para satisfacer el deseo de ser padres tanto para parejas heterosexuales como homosexuales.

Si no respetamos la dignidad de las personas y sobre todo de la mujer, como señala Casciano<sup>88</sup> se dará, la cosificación, la instrumentalización y la despersonalización de la madre gestante.

---

<sup>88</sup> CASCIANO, A. «La subrogación de la maternidad. Fenomenología de una interacción humana despersonalizadora», Cuadernos de Bioética, pp 39-56, España, 2018



## **CAPÍTULO V**

### **CRITERIOS PARA ESTABLECER LA FILIACIÓN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA**

#### **1. LA SITUACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN PERÚ**

En este último apartado, veremos la realidad que viven muchas familias que no pueden tener hijos de forma natural, por lo que acuden a métodos diversos de procreación, algunos de estos con mucho riesgo para la vida y la salud de la madre, así como para el hijo que desean traer; adicional a ello, muchos se han visto expuestos a fraudes y engaños.

Hoy, frente a un alto índice de casos de infertilidad por diversas causas, una forma negativa de solucionar esto ha sido acudiendo a la maternidad subrogada o “vientre de alquiler” para lograr la procreación. El hijo o hija que nace a través de esta técnica no encaja dentro del parentesco por naturaleza, religión o adopción, toda vez que generalmente son otros los padres y otra la mujer que lleva el embarazo.

En estos procedimientos, al concebido se trata como un objeto, no como un ser humano, por lo que cae en una suerte de comercialización. Se compran los gametos masculino o femenino o ambos, de manera encubierta a título de donación, para luego fecundar el óvulo e implantarlo en un vientre que no es de su madre biológica, sino de una sustituta.

Allí surge el gran problema respecto a la filiación del niño o niña que nació, toda vez que la madre que gestó no coincide con la madre biológica. Esta realidad no es ajena en nuestro país y no puede estar al margen de nuestro ámbito legal.

Existen casos que han sido de conocimiento público, sobre todo aquellos que han sido judicializados o que la prensa haya difundido. Sin embargo, la situación de la infertilidad en nuestro país es mucho más compleja, por lo que muchas parejas toman decisiones diversas para tener hijos.

Es por ello que en este capítulo se pretende mostrar los problemas que se vienen generando como consecuencia de la utilización de la técnica de maternidad subrogada

como una forma de solucionar los casos de infertilidad, sobre todo respecto en a la determinación de la filiación de los niños o niñas nacidas mediante estas técnicas.

En el Perú, así como en el mundo entero la situación generada por la aplicación de la técnica a la procreación humana es bastante compleja, en el sentido que, en muchos de ellos, se atenta contra la misma humanidad (por ejemplo, tratar como objeto comercial al hombre mismo) y en otros casos afectando la moralidad y las buenas costumbres (se promocionan la procreación para parejas del mismo sexo, se crean situaciones de inseguridad contractual, etc.).

En Internet encontramos infinidad de anuncios de ofrecimientos de vientres en alquiler, tanto en el mundo, como en el Perú, e incluso en Arequipa. Veamos los siguientes:

**a) Existen grupos en Facebook dedicados a ofrecer vientres en alquiler:**

En este grupo, sin ningún reparo se promociona el alquiler de vientres. Uno de esos grupos es, por ejemplo, el grupo denominado: ***“Madre subrogada. Vientre en renta”***, donde mujeres de todo el mundo publican sus anuncios.

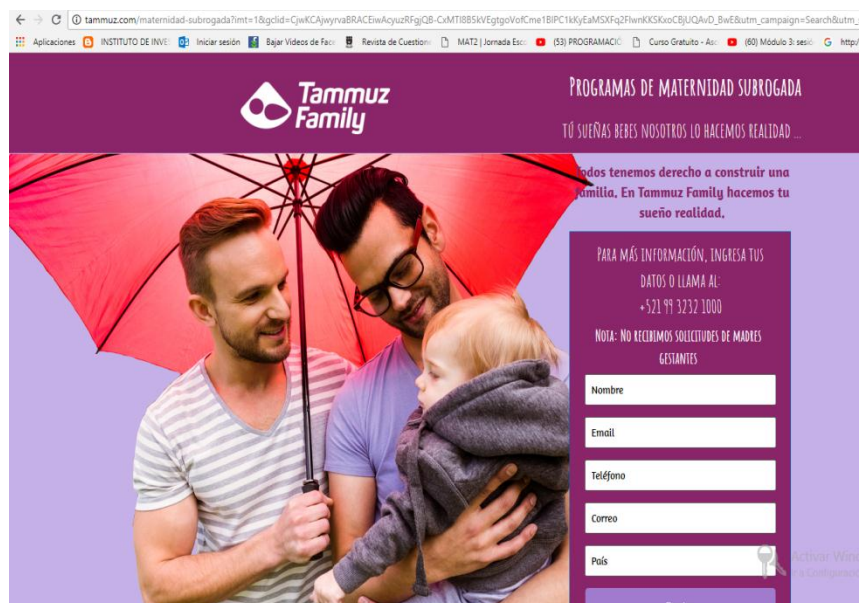
En ella vemos un anuncio de una mujer peruana, cuyo texto dice: *“Hola me llamo Elsy, soy de Perú, Distrito Casma. Tengo 23 años y tengo 3 hijos. Alquilo mi vientre y también puedo donar óvulos, disponibilidad para viajar y subrogar para parejas no heterosexuales, contáctame al número 043502305”*.



El contenido de este anuncio es preocupante, pues señala que alquilaría su vientre incluso a parejas no heterosexuales. Las respuestas no se dejan esperar, pues a continuación existen reacciones solicitando más información, costos, forma de trato, entre otros, y en otros casos más mujeres se suman para ofrecer su vientre en alquiler. Esta es la realidad que se vive en nuestro país y también a nivel mundial. Servicios poco confiables a los cuales acuden muchas parejas que, por causas de infertilidad, se encuentran desesperados por tener un hijo y los resultados no siempre son los esperados.

**b) Existen páginas web dedicadas a promocionar la maternidad subrogada:**

Una de ellas es la Página Web de Tammuz Family, que publicita el llamado “PROGRAMAS DE MATERNIDAD SUBROGADA” con un slogan que dice: “Tú sueñas bebés nosotros lo hacemos realidad”.



Esta página para captar sus clientes coloca un teléfono y un formato para llenar datos, sin embargo, no señala en qué dirección, en qué país o ciudad se encuentran, tampoco quienes la dirigen, lo cual hace ver la inseguridad en la que se encuentran los que acuden a estos servicios.

Además, la página a todo color y gran tamaño coloca dos hombres al tener en sus brazos un bebé, un claro mensaje de que no solo está dirigido a padres heterosexuales,

sino también a parejas homosexuales. Estas son las realidades a las cuales la sociedad se enfrenta.

**c) También tenemos anuncios en periódicos.**

El siguiente recorte nos muestra un anuncio que se publica en un diario de nuestra ciudad.



Esta situación nos hace ver que Arequipa no es ajena a esta realidad, pues también existen casos con este tipo de anuncios y que también incluyen tratamientos médicos de este tipo.

**d) También encontramos otra página que promociona la maternidad subrogada y venta de embriones en el Perú:**

En ella encontramos anuncios como el siguiente: *“Hola tengo embrioncitos en una clínica de prestigio de Lima y quisiera que nos ayudarán a dar el milagro de vida, buscamos una mujer soltera madre soltera y que a la vez pueda usar el dinero en retribución para su bebe o familia. Durante los 9 meses queremos que se mude con nosotros para estar en todo el proceso somos una pareja seria y bien intencionada. Gracias. María José”* (Enfemenino, 2018).



Este es un anuncio que quiere captar mujeres para trabajar como vientre de alquiler, aquí en ninguna parte hay un número telefónico o una dirección exacta de los centros o lugares donde pueden ser ubicados, probablemente para evadir la justicia. Peligroso sí, pero sucede todos los días.

Asimismo, en nuestro país existen clínicas que de manera ilegal realizan estas prácticas. Muchas de ellas son clínicas reconocidas, sin embargo, siendo que nuestra legislación no permite estas prácticas, lo realizan de manera oculta e ilegal. Lo que permitirá ilustrar el tema a continuación.

#### e) Como opera el servicio de vientre de alquiler en Lima:

Una publicación del 2006, que titulaba: “Canal español destapa red de ‘vientres de alquiler’ en Lima”, publicada en el diario La República del 12 de diciembre del 2006, nos hace ver la cruda realidad de los casos de uso de las técnicas de reproducción asistida y de vientre de alquiler en nuestro país.

En este reportaje se narra como una organización que se anuncia en internet contacta a extranjeros para ofrecer a jóvenes peruanas como vientres de alquiler. En ella determinan que Augusto Ascenzo de la Clínica Miraflores y Guillermo Benavides de la Clínica San Borja, serían los contactos en Lima.

A continuación, veamos partes del texto que se ha publicado como resultado de dicho reportaje:

## “Cómo opera el servicio de vientre de alquiler.

Por Emilio Camacho y Luigi Faura.

Fotos: Cortesía TV Nou de España

**CÓMO OPERA EL SERVICIO DE VIENTRE DE ALQUILER**  
Empresa Ángeles y Bendiciones tendría como centros de operaciones a clínicas de Miraflores y San Borja.

**COSTO DEL SERVICIO EN EUROS**  
Incluye:  
- Recepción en el aeropuerto  
- Hospedaje  
- Inseminación  
- Monitoreo del embarazo  
- Parto  
- Peseante para la mujer que alquila su útero

**€ 24,700**  
(Equivale a US\$ 30,000)

**POR INTERNET. Ser contactado:**  
Ángeles y Bendiciones promueve sus servicios de vientres de alquiler en internet. En páginas web ligadas a temas de paternidad y problemas de fertilidad.

**POR TELÉFONO. Se contacta:**  
Los interesados en los servicios de la agencia se contactan telefónicamente por correo electrónico. Posteriormente, el teléfono se convierte en su principal medio de comunicación.

**AEROPUERTO. Ser contactado:**  
La red recibe a los extranjeros interesados en sus servicios en el aeropuerto Jorge Chávez. También cuentan con taxis contratados para la sesión.

*“El 28 de noviembre de este año, el canal Nou, una estación de televisión que tiene cobertura en Valencia, España, difundió un extenso reportaje sobre una red de internet que ofrece "vientres de alquiler". Es decir, los servicios de diferentes jovencitas que por varios miles de dólares pueden llevar en sus úteros los hijos de parejas que no pueden concebir naturalmente o que no quieren hacerlo”.*

*“El problema es que esa red opera en el Perú y cuenta con el apoyo de dos conocidos médicos dedicados al negocio de la inseminación artificial y la fecundación in vitro. Las imágenes presentadas por el canal Nou, y que La República consiguió en exclusiva, así lo demuestran”.*

### **Un fraude en escena**

*La conversación grabada por el equipo de canal Nou revela que Benavides Tizón es el encargado de facilitar documentos falsos en los que se otorga la paternidad del bebé, conseguido por inseminación artificial, a los extranjeros contactados por Ángeles y Bendiciones.*

*No queda ningún registro de que la madre alquilada se atendió con el médico y mucho menos de parto alguno. Es la mejor manera de burlar la ley. Según el*

*abogado penalista Juan Portocarrero esta práctica constituye delito contra la fe pública. (La República, 12/12/2006).*

Estas son las realidades que se viven en nuestro país, sobre todo en la capital. A menudo, las noticias muestran que en nuestro país se dan casos de maternidad subrogada y existen peruanas, así como mujeres en el mundo que ofrecen su vientre en alquiler, como también los que solicitan madres subrogadas.

Las situaciones descritas son datos obtenidos de la realidad fáctica, lo que nos hace percibir la autenticidad de los hechos, sin embargo, jurídicamente hablando, la documentación y su valor probatorio podrían ser cuestionados.

Por ello, para casos de análisis en el presente trabajo, lo tangible u objetivo que tenemos son aquellos casos que han sido discutidos a nivel del Poder Judicial, donde los jueces para fundar sus decisiones han tenido que determinar ciertos criterios, los cuales deben ser en pro del interés superior del niño.

## 2. CASOS JUDICIALIZADOS RELACIONADOS CON MATERNIDAD SUBROGADA EN PERÚ

En nuestro país, como hemos visto, existen casos de maternidad subrogada, los cuales involucran a muchas personas, en especial a mujeres como vientre de alquiler, mujeres o parejas solicitantes, médicos u otros profesionales tratantes, personas que actúan como contactos o que hacen mandados, instituciones médicas, el nuevo ser que va nacer, entre otros.

En medio de todo, surgen muchos problemas, sin embargo, los más graves o de mucho riesgo recaen sobre la persona del niño o niña que va a nacer. En nuestro país no existe legislación que prohíba o sancione expresamente las prácticas que impliquen que una mujer alquile su vientre con la finalidad de engendrar un menor y posteriormente entregarlo a una pareja a cambio de determinada suma de dinero.

La única norma que tenemos es el **Artículo 7°** de la Ley 26842, Ley General de Salud, la misma reconoce que: *“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”*.

Conforme vemos en nuestra legislación, está permitido que personas que sufran de infertilidad puedan acudir a tratamiento mediante técnicas de reproducción asistidas (TERA), pero se hace la aclaración que la condición de madre genética y gestante recaiga en la misma mujer.

De modo que el único supuesto permitido en nuestro país es que la madre gestante y la madre biológica sean las mismas, es decir, debe tratarse de la misma persona, por lo que no estaría permitido que se aplique estas técnicas para casos en que la madre gestante y la madre genética sean distintas.

En ese sentido, bajo nuestra legislación una mujer no podrá gestar el embrión de otra mujer. Sin embargo, a pesar que exista esa prohibición, no encontramos una norma penal que sancione o tipifique tal conducta como delito.



En Perú, la mujer tiene el derecho a acudir al tratamiento para su infertilidad, así como a procrear usando técnicas de reproducción asistida, con el requisito de que sea ella en quien recaiga la condición de madre genética y madre gestante, además del consentimiento por escrito de los padres biológicos. Fuera de esas líneas en ningún texto normativo se regula más.

A pesar de la clara prescripción de que la madre gestante y la madre biológica deben concordar, a nivel de nuestros Juzgados se viene interpretando esta situación en un sentido diferente, argumentando que la indicada norma no regula expresamente otros supuestos, tampoco lo prohíbe, por lo que sería permitido que, las técnicas de reproducción asistida puedan aplicarse a otros supuestos, tal como veremos en los siguientes puntos al analizar las sentencias emitidas por el Poder Judicial:

## 2.1. Sentencia en el Expediente N° 00113-2006-0-1801-JR-FC-15, impugnación de maternidad y maternidad subrogada

TABLA N° 01

**Sentencia judicial que se pronuncia sobre un caso de impugnación de maternidad, maternidad subrogada e identidad genética.**

<p>Órgano judicial : Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia</p> <p>Resolución : N° 31 con fecha 06/01/2009</p> <p>Materia : Impugnación de maternidad</p> <p>Demandante : Carla Monique See Aurich</p> <p>Demandado : Jenni Lucero Aurich De la Oliva y Luis Eduardo Mendoza Barber</p>		
MATERIA DEL RECURSO	FUNDAMENTOS DEL JUZGADO	FALLO
<p>La presente trata de una demanda de impugnación de maternidad interpuesta por Carla Monique See Aurich, en contra de su esposo Luis y en contra de su madre Jenni Aurich, a efectos que el Órgano Jurisdiccional ordene la rectificación de partida de nacimiento en la que erróneamente se ha señalado como madre de la menor a doña Jenni Aurich.</p> <p>Señala que la menor Daniela Mendoza Aurish es hija de la demandante por haber sido concebida por su persona y su esposo Luis Eduardo Mendoza Barber. Señala que a través de un diagnóstico médico se enteran que Carla Monique sufría de insuficiencia renal Neuropatía por analgésicos e hipertensión arterial renal, concluyéndose que su</p>	<p>El Juzgado analiza la legitimidad de la demandante para intervenir en el proceso, concluyendo que no se encuentra legitimada para solicitar el reconocimiento de maternidad, sin embargo, el juzgado reconoce que con el devenir de los años las leyes han quedado desactualizadas frente a los avances científicos y en aplicación de uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional <b>"El Principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario"</b> y en <b>aplicación del Principio del Interés Superior</b></p>	<p>El Juez del Décimo Quinto Juzgado de Familia de Lima, declara Fundada la demanda de Impugnación de Maternidad interpuesta por doña Carla Monique See Aurich y en consecuencia declaró que la niña Daniela Mendoza Aurish es hija de la demandada la misma que tiene la calidad de madre de la citada niña.</p> <p>Asimismo, dispone dejar sin efecto la inscripción y reconocimiento efectuado por doña Jenni Lucero Aurish De La Oliva como madre de la niña.</p> <p>Dispone la inscripción y reconocimiento de la citada niña por su madre Carla Monique</p>

<p>organismo no podría resistir un embarazo, y en caso de quedar embarazada el embrión y la madre dejarían de coexistir. Por este motivo, les sugieren la posibilidad de concebir a través de la técnica de maternidad subrogada y la pareja accedió. La pareja de esposos dan sus óvulos y espermatozoides para ser introducidos en el vientre de Jenni Aurich, madre de la demandante, quien lleva el embarazo y al nacer entrega la niña a sus padres biológicos, sin embargo en la Clínica de Miraflores hacen constar en la Partida como madre a Jenny Lucero Aurich De La Oliva, iniciándose aquí el problema.</p>	<p><b>del Niño, respeto a sus derechos, y entre ellos a preservar su identidad, el derecho al nombre y relaciones familiares</b> es que se fija como punto controvertido determinar si la demandante es madre de la menor. Luego de la probanza, a través del ADN, el Juez llega a la conclusión que en este caso tenemos como madre genética de Daniela Mendoza Aurich a Carla See Aurich, padre genético a Luís Eduardo Mendoza Barber e incubadora de la niña a Jenny Lucero Aurich De La Oliva, y resaltando que en nuestra legislación no existe prohibición expresa contra la maternidad subrogada ampara la demanda.</p>	<p>See Aurish en el Acta de nacimiento de la Municipalidad de Miraflores. Además, dispone la rectificación de los apellidos de la niña, cuyo nombre en adelante es de DANIELA MENDOZA SEE y en cuanto a los 3 embriones que se encuentran congelados en la clínica otorga el plazo de dos años para que los esposo hagan efectivo el derecho a la vida que tienen los tres embriones concebidos producto de la fecundación In Vitro, de no cumplir se cursará oficio al MIMDES, para que se inicie el proceso de abandono.</p>
--	---	--

En la Tabla N° 01, observamos la posición del Poder Judicial, respecto a la técnica de reproducción asistida, consistente en el uso de la maternidad subrogada con transferencia de embriones.

En el presente caso vemos que la Señora Carla Monique See Aurish se casó con Luis Eduardo Mendoza Barber en junio del 2003. La señora Carla padecía de fuertes dolores de cabeza, que al acudir al médico y hacerse los estudios respectivos para ver el origen de los dolores le diagnosticaron en el año 2008 insuficiencia renal, ya que solo contaba con el riñón izquierdo en funcionamiento inadecuado, pues tenía "riñones hipoplásicos de menor tamaño en el lado derecho y retardo de eliminación por el riñón derecho con ligera alteración morfológica de los cálices en ambos riñones", por lo que le indicaron que su organismo nunca podría resistir un embarazo, dado que en caso de quedar embarazada la vida de la madre como del embrión no podrían coexistir.

Ante esta situación y conocedores de los procedimientos engorrosos de adopción en el Perú, decidieron buscar posibilidades científicas, donde les sugirieron que podían optar por maternidad subrogada para concebir un embrión con las células sexuales de la pareja, para lo cual, la madre de Carla Monique, la Señora Jenny Lucero Aurich De La Oliva, ofrece su vientre altruistamente y por amor a su hija.

El 05 de mayo de 2005, nace la menor Daniela, a quien se le consigna en su partida de nacimiento los apellidos Mendoza Aurich, tomando como madre a su abuela, Jenni Lucero Aurich de La Oliva. Sin embargo, una vez que nace la menor es entregada a la pareja y son ellos quienes cuidan de la niña, no obstante, los problemas de patria potestad aparecen y consigo el derecho a la herencia, derecho a la identidad y otros supuestos jurídicos.

Es por ello, que la señora Carla Monique See Aurish, madre genética de la menor, interpone demanda de maternidad con la finalidad que el Poder Judicial declare que la menor es su hija al ser engendrada con su material genético y el de su esposo y, en consecuencia, la rectificación de la partida.

En el séquito del proceso, el Juez del Décimo Quinto Juzgado de Familia de Lima, ampara la demanda, fundamentando que en este tipo de procesos debe primar el principio del interés superior del niño y el respeto a los derechos de la niña, y entre

ellos, el derecho a preservar su identidad, el derecho al nombre incluido sus apellidos y las relaciones familiares, concluyendo en este caso que la madre genética de Daniela Mendoza Aurich es Carla Monique See Aurich y como padre genético a Luís Eduardo Mendoza Barber y como madre incubadora de la niña a Jenni Lucero Aurich De La Oliva, y resalta que en nuestra legislación no existe prohibición expresa contra la maternidad subrogada.

En ese sentido, habiendo amparado la demanda, en base a los argumentos señalados, declara que la menor en referencia es hija de la demandante Carla Monique See Aurish, la misma que tiene la calidad de madre biológica de la citada niña, como padre a Luís Eduardo Mendoza Barber, y en consecuencia se ordena que se extienda nueva partida de nacimiento en la Municipalidad de Miraflores, conforme a los nuevos datos paterno-filiales. Es decir, la menor en adelante será llamada Daniela Mendoza See.

En el presente caso, no se cumple con la exigencia del **Artículo 7°** de la Ley General de Salud, pues la madre gestante y biológica deben ser las mismas. Si bien la madre genética es Carla Monique See Aurish, la madre gestante es Jenni Lucero Aurich De La Oliva, siendo esta última madre de la primera. Sin embargo, la identidad genética o verdad biológica si se da, por cuanto la fecundación se ha producido con elementos genéticos de Carla Monique See Aurish y Luís Eduardo Mendoza Barber, que son sus padres biológicos.

Por ello, beneficiando el interés superior de la niña y valorando la relación afectiva que se ha generado entre la menor y los padres sería amparable el caso, pues el deseo de los padres solicitantes ha sido tener una hija y de la madre gestante ha sido de colaborar con los primeros para que la tengan.

En ese sentido, **en el presente caso el Juez del proceso para determinar la filiación de la menor ha respetado la primacía de la verdad biológica, del interés superior del niño y la psicoafectividad con los padres. Es decir, ha declarado la filiación de la menor en referencia, hija de Carla Monique See Aurish y Luís Eduardo Mendoza Barber, aplicando los criterios de verdad biológica, del interés superior del niño y de psicoafectividad.**

## 2.2. Casación N° 5003-2007-Lima. Impugnación de maternidad, ovodonación y maternidad subrogada

**TABLA N° 02**

### **Casación N° 5003-2007-Lima. Impugnación de maternidad, ovodonación y maternidad subrogada**

<p>Órgano judicial : La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica</p> <p>Resolución : Casación N° 5003-2007-Lima</p> <p>Materia : Impugnación de maternidad</p> <p>Demandante : Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma</p> <p>Demandado : María Alicia Alfaro Dávila</p>		
<b>MATERIA DEL RECURSO</b>	<b>FUNDAMENTOS DE LA SALA SUPREMA</b>	<b>FALLO</b>
<p>La Casación fue interpuesta por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, contra la Resolución de Vista del año 2007, que confirmando la apelada del año 2006, declara improcedente la demanda de impugnación de maternidad.</p> <p>Se declara procedente el recurso por la causal de contravención de los Artículos VI del Título Preliminar y 399° del Código Civil, por lo que en aplicación del Artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, la Sala debió revocar la apelada, por cuanto las instancias de mérito han declarado improcedente su demanda por considerar que no ha</p>	<p>La Sala Suprema señala que la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva; la recurrente actúa en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, e invocando los Artículos 45° y 399° del Código Civil impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por María Alfaro Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, quien fue inseminada mediante TERA denominada ovodonación, la que no está permitida en nuestro país conforme se colige en lo previsto en el Artículo 7 de la Ley General de Salud. La Sala Suprema, de acuerdo a ello, ha</p>	<p>Por las consideraciones expuestas, la Sala Suprema, en base a las consideraciones expuestas en el dictamen fiscal cuyos fundamentos han sido reproducidos, y estando a lo establecido por el Artículo 396 inciso 2° ordinal 2.3 del Código Procesal Civil declara Fundado el recurso de Casación, y en consecuencia nula la resolución de vista del año 2007 e insubsistente la apelada de año 2006; se ordenó que el Juez de la causa expida nueva resolución según los considerandos precedentes.</p>

<p>demostrado interés moral ni económico, sin tener en cuenta que actúa en representación de su hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, de esta manera impugna el reconocimiento de maternidad que hace María Alicia Alfaro Dávila de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, argumentando que la demandada no es madre genética de la niña, pues fue inseminada artificialmente con el óvulo de otra mujer y el espermatozoide de su esposo, Custodio Olsen Quispe Condori, quien no dio su consentimiento para utilizar sus gametos mediante la técnica de reproducción asistida denominada Ovodonación.</p>	<p>determinado que el menor hijo de la demandante es hermano paterno de la menor, conforme el resultado de ADN y que el padre de ambos menores es Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, sosteniendo interés legítimo, pues este no concuerda con la realidad biológica, existiendo a ese efecto el parentesco consanguíneo, por lo tanto tiene interés legítimo en el pronunciamiento del Juzgado, puesto que señalan la transgresión de lo dispuesto por el Artículo 7 de la Ley General de Salud, porque se vulnerarían derechos fundamentales de la citada menor, es decir, su derecho a la propia identidad.</p>	
---	---	--

En la Tabla N° 02, tenemos el caso de una casación interpuesta por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, contra la Resolución de Vista del año 2007, que confirma la apelada del año 2006, declarando improcedente la demanda de impugnación de maternidad interpuesta en contra de María Alicia Alfaro Dávila por cuanto es reconocida como madre de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, sin ser la madre biológica, toda vez que ella fue concebida mediante inseminación artificial, con el óvulo de una mujer distinta y utilizando espermatozoides del esposo de la recurrente, el señor Custodio Olsen Quispe Condori, pues esta habría sido utilizada sin el consentimiento de éste.

Entonces, frente a un caso de aplicación de la técnica de reproducción asistida denominada ovodonación y maternidad subrogada, donde la demandada es la madre gestante, quien no tiene la calidad de madre biológica, el demandante es hermano de la menor; ambos tienen a la misma persona como padre biológico, por lo que, con legítimo interés como hermano, a través de su representante, cuestiona la maternidad de la demandada.

La demanda en primera instancia ha sido declarada improcedente por considerar que el demandante no ha demostrado interés moral ni económico, la misma que fue confirmada por la Sala Superior, por lo que la demandante interpone casación, pues considera que la resolución de vista que confirma la sentencia apelada, no ha tenido en cuenta que actúa en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, quien es hermano de la menor en referencia, por lo tanto sí tiene tanto interés moral y económico para interponer la demanda.

La Sala Suprema ampara la casación, por lo que declara nula la resolución de vista e insubsistente la sentencia apelada, ordenando al Juez de la causa expida nueva resolución conforme a los considerandos señalados en la resolución casatoria.

En el caso materia de análisis, vemos que la madre gestante no es la misma que la madre genética. Se ha utilizado un óvulo donado por una mujer desconocida (madre biológica) y ha sido gestado por otra mujer María Alicia Alfaro Dávila (madre gestante), por lo que no se cumpliría con las exigencias del **Artículo 7°** de la Ley General de Salud, de que la madre gestante debe ser la misma que la madre genética.



Sin embargo, debe advertirse que se utiliza el esperma del señor Custodio Olsen Quispe Condori, que es padre del demandante Olsen Fabrizio Quispe Oblitas y esposo de la representante del demandante, lo que hace que tengan lazo familiar que tengan legítimo interés.

Respecto a los criterios utilizados para declarar la filiación de la menor, en el presente caso no hay un pronunciamiento de fondo, por lo que no podemos establecer con toda precisión los criterios que utilizaría la Sala Suprema.

Sin embargo, a partir de los fundamentos de la resolución casatoria, específicamente del fundamento Octavo, que señala: *“No se trata de acreditar solamente la afectación al recurrente por el reconocimiento, sino el legítimo interés en el pronunciamiento, por su condición de hermanos del menor hijo de la demandante y la menor A.B.A.D., en la necesidad de que el órgano jurisdiccional decida, respecto al reconocimiento efectuado por la demandada, que se señala transgrede lo dispuesto en el Artículo 7 de la Ley General de Salud, y porque se vulnerarían derechos fundamentales de la citada menor, como su derecho a la propia identidad”*, podemos concluir que la demanda debe declararse fundada beneficiando la verdad biológica.

A pesar de declararse fundada la demanda, no se estaría resguardando el Interés Superior de la niña, toda vez que, lo que el demandante busca es que la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila sea reconocida por el padre biológico y pase a ser hermano legítimo del demandante Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, por cuanto así demuestra la prueba de ADN practicada en el transcurso del proceso, pero la niña se quedaría sin madre, sin llevar el apellido de la madre que sí deseaba tenerla.

En este caso sólo se aplicaría el criterio de verdad biológica, pero lamentablemente no se evaluaron los criterios que proponemos, como son el Interés Superior del Niño y la psicoafectividad, tampoco se ha cuidado la identidad de la niña, por cuanto al impugnar la maternidad se estaría dejando sin madre a la menor.

### 2.3. Casación N° 4323-2010-Lima de nulidad de acto jurídico de Reconocimiento de Hijo por Ovodonación.

**TABLA N° 03**

#### **Casación N° 4323-2010-Lima de Nulidad de Acto Jurídico de Reconocimiento de Hijo por Ovodonación**

<p>Órgano judicial : La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República</p> <p>Resolución : Casación N° 4323-2010-Lima</p> <p>Materia : Nulidad de acto jurídico</p> <p>Demandante : Custodio Olsen Quispe Condori</p> <p>Demandado : PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción - Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir).</p>		
<b>MATERIA DEL RECURSO</b>	<b>FUNDAMENTOS DE LA SALA SUPREMA</b>	<b>FALLO</b>
<p>La presente se trata del recurso de Casación interpuesto por PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción - Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) contra la Sentencia de Vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual revoca la apelada que declaró infundada la demanda de nulidad de acto jurídico y reformando la declara fundada.</p> <p>Alega como causales de su recurso: a) Infracción normativa procesal del Artículo 50 inciso 6) del Código Procesal Civil por no encontrarse debidamente motivada. b) Infracción normativa por</p>	<p>Respecto a la primera causal la Sala Suprema encuentra debidamente motivada.</p> <p>Respecto a la segunda causal invocada, la Sala Suprema señala que los hechos acaecidos tienen sustento en la técnica de reproducción asistida, denominada Ovodonación, en virtud de la cual la mujer puede gestar, pero es incapaz de ovular, por lo que se requiere de una donante para que le ceda el óvulo necesitado, por lo que si bien dicho procedimiento no se encuentra legislado, sin embargo en virtud del axioma jurídico: “Todo lo que no está prohibido está permitido”, reconocido también por el Tribunal</p>	<p>Por los fundamentos expuestos, la Sala Suprema declara FUNDADO el recurso de casación interpuesto por PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir), por consiguiente, NULA la Sentencia de Vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual revoca la sentencia apelada y reformándola declaró fundada la demanda, y actuando en sede de instancia CONFIRMARON la sentencia apelada, emitida por el Cuadragésimo Sexto Juzgado</p>

interpretación errónea del Artículo 7 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, por considerar que ésta prohibiría la Ovodonación.	Constitucional, el aludido procedimiento no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial.  Por lo tanto, el documento denominado autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria, es válido, y el interés superior de la niña nacida de este procedimiento se encuentra protegida.	Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de nulidad de acto jurídico.
--	---	---

En la Tabla N° 03 tenemos el caso de una demanda de nulidad de acto jurídico interpuesto por Custodio Olsen Quispe Condori contra el Instituto de Ginecología y Reproducción - Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir - PRANOR SRL, a fin de que se declare la nulidad de los documentos denominados Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia embrionaria, Convenio de realización de Técnica de Reproducción Asistida y los procedimientos efectuados en base a ellas, argumentando que la fecundación por ovodonación no está permitido por nuestra legislación. Este caso complementa lo tratado en la Tabla N° 02, para que pueda entenderse mejor.

El Juzgado de primera instancia declaró infundada la demanda, mientras la Sentencia de Vista revoca dicha sentencia y declara fundada la demanda, argumentando que la fecundación por la técnica de Ovodonación no está permitida en nuestro país.

Por ello es que la demandada PRANOR SRL interpone recurso de casación, argumentando que el fallo de la sentencia de vista no ha sido debidamente motivado y se ha interpretado erróneamente el **Artículo 7°** de la Ley General de Salud, por cuanto no prohíbe la Ovodonación.

Al resolver el recurso de casación, la Sala Suprema encuentra debidamente motivada la sentencia de vista y manifiesta que el **Artículo 7°** de la Ley General de Salud al señalar que las TERAs se aplican siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona, deja en vacío el caso de ovodonación, pero no prohíbe, por lo que “todo lo que no está prohibido está permitido”. Además, señala que la ovodonación no es ilícito ni constituye delito, por lo que declara que los documentos cuestionados no son nulos, sino válidos.

Luego señala que fruto de este procedimiento, ha nacido la niña Alicia Beatriz Alfaro Dávila, quien se encuentra protegida en virtud a lo dispuesto en el Artículo 1° del Código Civil, Artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (referidos al derecho a la vida), y Artículos 2°, 3°, 6° y 12° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que regulan los principios rectores sobre el interés superior del niño.

En el presente caso, a partir de la casación observamos que se trata una aplicación de la técnica de reproducción asistida por ovodonación, donde el demandante donó sus

espermatozoides a la clínica demandada y los utilizaron, de modo que la madre biológica de la menor es una persona anónima, el demandante es el padre biológico de la niña y la madre gestante es quien tuvo el deseo de ser madre.

Es de advertir, que, si se está demandando la nulidad de este procedimiento, es probable que se hayan enterado de que Custodio Olsen Quispe Condori es el padre de la niña Alicia y haya surgido problemas con su esposa, por lo que en la Tabla N° 2 fue la esposa de éste quien impugna la maternidad de la madrea afectiva de Alicia, problemas con los que la más afectada sería la menor nacida de este procedimiento.

La Sala Suprema, **en este caso no se pronuncia acerca de la identidad filiatoria de la menor**, sino solamente a cerca de la validez de los documentos suscritos por las partes para llevar a cabo el proceso de fecundación, demostrando que el proceso de fecundación cuestionada no sería ilegal, por cuanto nuestra legislación no prohíbe expresamente, sino se ha generado un vacío legal frente a ello, por lo que los documentos firmados tampoco serían nulos, más cuando las partes voluntariamente han dado su consentimiento.

**De esta manera se concluye que los criterios adoptados por la Sala Suprema es beneficiar la verdad biológica y el deseo de ser padres (psicoafectividad).**

## 2.4. Casación N° 563-2011-Lima. Adopción excepcional y maternidad subrogada

**TABLA N° 04**

### **Casación N° 563-2011-Lima. Adopción excepcional y maternidad subrogada**

<p>Órgano judicial : La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica</p> <p>Resolución : Casación N° 563-2011-Lima</p> <p>Materia : Adopción (excepcional) de menor.</p> <p>Demandante : Dina Felicitas Palomino Quicaño Y Giovanni Sansone</p> <p>Demandado : Isabel Zenaida Castro Muñoz</p>		
<b>MATERIA DEL RECURSO</b>	<b>FUNDAMENTOS DE LA SALA SUPREMA</b>	<b>FALLO</b>
<p>Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, contra la sentencia de vista que confirma la apelada, que declara fundada la demanda de adopción por excepción, que declara a la menor Vittoria Palomino Castro, hija de don Giovanni Sansone y de doña Dina Felicitas Palomino Quicaño, nacida el 20 de diciembre de 2006 en el distrito de San Borja.</p> <p>La decisión recoge el caso de los esposos Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone que encargaron a una mujer llamada Isabel Zenaida Castro Muñoz la gestación de un niño que debió ser</p>	<p>La demanda de adopción especial de la niña Vittoria Palomino Castro fue interpuesta por doña Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone, fundamentando que dicha niña no es hija de Paul Frank Palomino Cordero (sobrino de la demandante) e Isabel Zenaida Castro Muñoz, invocando el inciso b) del Artículo 128 del CNA, la misma que se encuentra en su poder desde que tenía 07 días de nacida, cuando los padres biológicos la entregaron provisionalmente.</p> <p>Los demandados se allanan. La codemandada Isabel Zenaida Castro se desiste del recurso,</p>	<p>Por los motivos expuestos, la Sala Suprema declaró infundado el recurso de casación interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz, en consecuencia, no casaron la sentencia de vista que confirma la sentencia que declara fundada la demanda.</p>

<p>entregado a la pareja tras su nacimiento. A cambio la pareja pagó una suma de \$ 18,900.00 dólares americanos.</p> <p>Como causal de su recurso argumenta la infracción normativa sustantiva de los Artículos 115 y 128 inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes; 378 inciso 1) y 5) y 381 del Código Civil, pues la niña ha sido concebida mediante la técnica de inseminación artificial, con elemento sexual de Giovanni Sansone, por lo tanto es su hija biológica.</p>	<p>sin embargo, se tiene por no presentado. Por ello, el Juez ante la duda de asentimiento o no de la madre biológica, valorando la solvencia moral de los demandantes y demandados (conforme a sus declaraciones), el interés superior de la menor y sus derechos, declara fundada la demanda, la que es confirmada por la Sala Superior, valorando el Interés Superior de la menor, el derecho a la identidad y demás derechos, la cual también valora la Sala Suprema.</p>	
--	---	--

En la Tabla N° 04, tenemos el caso de una demanda de adopción por excepción interpuesta por Giovanni Sansone y Dina Felicitas Palomino Quicaño en contra de Isabel Zenaida Castro Muñoz Y y Paul Frank Palomino Cordero (sobrino de la demandante), respecto a la menor Vittoria Palomino Castro, hija de los demandados, nacida el 20 de diciembre de 2006, la misma que se encuentra en su poder desde que tenía 07 días de nacida, por cuanto los padres biológicos lo entregaron provisionalmente para su adopción.

Para entender el caso debemos tener en cuenta que, la fecundación se efectuó con el gameto del esposo de la demandante, el señor Giovanni Sansone, y con los gametos de la mujer que prestó su vientre, la señora Isabel Castro Muñoz. Tras el nacimiento de la menor, se inscribió en los Registros declarando como madre a la gestante, y como padre al conviviente de esta, el señor Paul Frank Palomino Cordero, quien realizó un reconocimiento de complacencia. El padre genético no figuraba como tal, y la situación se complica aún más, por cuanto el conviviente de la madre subrogada, resulta ser el tío abuelo de la menor. Es por este conflicto que acuden a los organismos jurisdiccionales luego del alumbramiento de la menor.

La madre gestante entregó la menor a los nueve días de nacida a la pareja de esposos contratantes, y ellos inician el proceso de adopción por excepción para que legalmente se constituya la filiación, sin embargo, la madre subrogada y su conviviente se arrepienten de finalizar el proceso y se desisten de continuar con la adopción.

En el séquito del proceso, tanto en primera instancia como en segunda instancia la demanda ha sido declarada fundada. Por ello es que la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, interpone recurso de casación contra la sentencia de vista que confirma la apelada, que declara fundada la demanda de adopción por excepción de la menor Vittoria Palomino Castro, hija de don Giovanni Sansone y de doña Dina Felicitas Palomino Quicaño, argumentando que la niña es su hija biológica, por cuanto ha sido concebida mediante la técnica de inseminación artificial, con su óvulo y elemento sexual del codemandante Giovanni Sansone.

La Sala valorando que los demandados, si bien aparecen como padres de la menor en su partida, éstos nunca han tenido el deseo de tenerlos, más bien desde un inicio lo han hecho con propósitos económicos llegando al punto de vender a su hija, lo cual es



desvalorar la vida humana. Fue la madre subrogada quien entrega a su propia hija a los demandantes, quienes vienen cuidando de la menor desde los siete días de nacida.

Por ello, la Corte Suprema, valorando el adecuado desarrollo del infante, cuidando el interés superior de la menor y sus derechos, como el de tener una familia, que también fueron valorados en las instancias de mérito, declara infundada la casación, confirmando la adopción de la menor a favor de los demandantes. Se resolvió que debía primar el interés superior de la niña a que continúe viviendo con los demandantes, quienes, sostuvo el Tribunal, le proporcionaban un ambiente adecuado y que arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial.

En el presente caso tenemos respecto a la niña nacida mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida consistente en la inseminación artificial, el codemandante Giovanni Sansone sería padre biológico de la menor, así también Isabel Zenaida Castro Muñoz sería la madre biológica y madre gestante de la menor. Mientras la codemandante, esposa de Giovanni Sansone no tendría relación biológica con la niña. Sin embargo, en el caso en análisis se puede ver que los señores Isabel Zenaida Castro Muñoz y Paul Frank Palomino Cordero nunca han deseado tener esa hija, pues el embarazo se ha producido específicamente para que los demandantes la adopten, por lo que cobraban una suma de dinero y recibían apoyo económico mensualmente. Mientras, los demandantes, se preocupaban por la menor desde que estaba en el vientre y cuando se la entregaron a los 07 días de nacida, también se hicieron cargo de ella y la cuidaron como padres, por lo que se habría creado entre ellos y la menor una relación afectiva de padres a hija, más teniendo en cuenta que Giovanni Sansone es el padre biológico.

En ese sentido, **podemos concluir señalando que los criterios adoptados por el Juzgado para otorgarle la adopción, en este proceso de maternidad subrogada, son el Principio de Interés Superior del Niño, la verdad biológica con uno de los adoptantes, la psicoafectividad entre la niña y los adoptantes y el derecho a su identidad**, en aras de salvaguardar el derecho a desarrollarse integralmente en el seno familiar de los adoptantes, más teniendo en cuenta que uno de los adoptantes es padre biológico de la menor. Por ello, consideramos adecuado la decisión tomada a nivel del poder judicial, así como con los fundamentados en que se sustentan los criterios adoptados.

## 2.5. Sentencia del Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05. Maternidad Subrogada e inscripción en RENIEC

**TABLA N° 05**

### **Sentencia del Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 sobre maternidad subrogada e inscripción en RENIEC**

<p>Órgano judicial : Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima</p> <p>Resolución : Sentencia del Exp. N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05</p> <p>Materia : Proceso de Amparo de Reconocimiento de Hijo</p> <p>Demandante : Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco</p> <p>Demandado : RENIEC</p>		
<b>MATERIA DEL RECURSO</b>	<b>FUNDAMENTOS DEL JUZGADO</b>	<b>FALLO</b>
Se trata de la demanda interpuesta por la Sociedad conyugal Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau y la sociedad conyugal Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco, con la finalidad se otorgue protección a los derechos a la identidad de L. N.R. y C. D. N. R (los menores) y al principio superior del niño, solicitando se deje sin efecto la Resoluciones registrales que denegaron la inscripción de las actas de nacimiento de los menores, y que se declare en sus respectivas actas de nacimiento que el Señor Francisco David Nieves Reyes es el padre de los menores, procediéndose al respectivo	Frente a la demanda el RENIEC interpuso excepciones de Falta de representación y falta agotamiento de vía administrativa, las cuales el Juzgado las declaró improcedentes, por cuanto el actuar de RENIEC es lo que ha causado esta situación de falta de representación y además los demandantes actúa en representación de las menores y en derecho propio. Asimismo, señalan que nuestra legislación no prevé vía previa para este tipo de procesos, y si hubiera serviría para acrecentar la vulneración de los derechos de los menores.	Por las razones expuestas, el Juez del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, declara fundada la demanda de amparo, interpuesta por la sociedad conyugal Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y por los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R., en consecuencia, declara nulas las Resoluciones Registrales: 299-2016-ORSBORJJR10LIM-GOR/RENIEC y 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR-

<p>reconocimiento y que Aurora Nancy Ballesteros es la madre de los menores, efectuándose la respectiva rectificación.</p> <p>Solicitan ello, por cuanto los menores fueron procreados mediante técnica de reproducción asistida, con óvulo donado y elemento sexual de Francisco David Nieves, previo acuerdo y consentimiento expreso interviene Evelyn Betzabé Rojas Urco como vientre de alquiler, quien ha entregado a las menores a la pareja contratante en cumplimiento de lo acordado. Sin embargo, en la partida aparece esta última como madre, por lo que no pueden ejercer sus derechos ni los padres ni las menores, lo que se agrava con la denegatoria del RENIEC.</p>	<p>Respecto al fondo del asunto, señala que nuestro ordenamiento jurídico a través del Artículo 7° de la Ley General de Salud regula la aplicación de las TERAs solo cuando la madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Sin embargo, ello no significa que otros supuestos no previstos estén proscritos. Por ello, teniendo en cuenta la protección de los derechos de protección familiar, el Principio de Interés Superior del Niño, la identidad de los menores y valorando la convivencia de los menores, considera amparable la demanda.</p>	<p>RENIENC, asimismo, se anulan las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885 y se ordena a RENIEC que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R, donde conste como sus apellidos (paterno y materno), los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau.</p> <p>Al haber sido apelado, la Sala Superior confirmó bajo los mismos argumentos. La cual ha quedado firme, pues no ha sido recurrida.</p>
--	--	--

En la Tabla N° 05, tenemos una demanda por problemas de inscripción en el RENIEC de dos menores nacidas mediante la técnica de maternidad subrogada.

En este caso, la sociedad conyugal David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, que no podían tener hijos, convinieron con la sociedad conyugal Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco, para que la señora Evelyn Betsabé prestara su vientre a la primera pareja, de modo que se embaraza mediante la técnica de reproducción asistida, con óvulo donado y elemento sexual de Francisco David Nieves, fruto de ello nacieron dos niñas.

Al nacer las menores, la última pareja, cumpliendo lo acordado entrega a los bebés a la pareja contratante. Sin embargo, la señora Evelyn Betzabé Rojas Urco aparece en la Partida de Nacimiento de las menores como madre, por lo que no pueden ejercer sus derechos ni los padres ni las hijas, y al solicitar el reconocimiento y rectificación de partida el RENIEC lo deniega.

Por ello, la sociedad conyugal Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau conjuntamente con la sociedad conyugal Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco, interponen la presente demanda de amparo con la finalidad de buscar protección de los derechos a la identidad de L. N.R. y C. D. N. R (las menores) y el principio superior del niño, solicitando se deje sin efecto la Resoluciones registrales que denegaron la inscripción de las actas de nacimiento de los menores, y que se declare en sus respectivas actas de nacimiento que el Señor Francisco David Nieves Reyes es el padre de las menores, procediéndose al respectivo reconocimiento y que Aurora Nancy Ballesteros es la madre de los bebés, efectuándose la respectiva rectificación.

El presente caso también es uno de procreación mediante las técnicas de reproducción asistida, con ovodonación, fecundación in vitro y transferencia embrionaria culminando en un vientre subrogado.

Respecto a las niñas, Francisco David Nieves Reyes sería el padre biológico, la madre biológica se desconoce, la madre gestante sería Evelyn Betzabé Rojas Urco, mientras la

señora Aurora Nancy Ballesteros Verau, esposa de Francisco David Nieves Reyes, no tendría nexo biológico con las menores.

La demanda se tramita ante el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, quien al emitir la sentencia ha precisado que el Artículo 7° de la Ley General de Salud regula la aplicación de las TERAs solo para cuando la madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona, sin embargo, ello no significa que otros supuestos no previstos estén proscritos.

Para el caso materia del presente proceso, señala que no existe ninguna norma con rango de ley que establezca una prohibición, de modo que en aplicación del Artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución Política, las TERAs realizadas descansan en un pacto legítimo, pues “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

Asimismo, acoge lo señalado por el Tribunal Constitucional que dice que “el principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones”<sup>89</sup>.

En base a ello manifiesta que en el presente caso debemos tener en cuenta que las menores y los demandantes tienen derecho a la familia y a la protección familiar, en especial los demandantes Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, tienen el derecho a fundar una familia, acudiendo a los métodos científicos y legales que permite el ordenamiento jurídico peruano, por lo que el RENIEC no puede cuestionar u obstruir la manera en que se constituye y estructura esta familia, debiendo, por el contrario, facilitar los medios para que esa familia sea precisamente instituida como tal, junto con sus hijos.

Señala que, también debe tenerse en cuenta que la Sra. Ballesteros desde un inicio tuvo voluntad pro-creacional para tener hijos (psicoafectividad, el deseo de ser madre), a

---

<sup>89</sup> STC Expediente N° 3954-2006-PA/TC, F. J. 34.

diferencia de la madre biológica que desde un inicio –y hasta ahora- tuvo una voluntad de entregar a los menores a la Sra. Ballesteros.

Asimismo, señala que se debe respetar el Interés Superior de los Niños, que es entendido como “el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible a sus gustos, sentimientos y preferencias, etc., que también influyen en los medios elegibles”<sup>90</sup>.

Por ello, en este caso no existe conflicto o dudas sobre la posición que ocupan la Sra. Ballesteros y su esposo frente a los menores, por lo que lo mejor para ellos es que su situación familiar no se vea alterada, criterio que, por lo demás, es acorde con el sistema convencional de derechos humanos en la que nos encontramos, por lo tanto, en caso de existir duda, se interpretaría a favor de las menores.

Asimismo, señala que en el presente proceso se vería afectado la identidad de las menores. Por ello corresponde un inmediato mandato para que se tutele el derecho a la identidad de los menores, derecho previsto en el inciso 1 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú.

Sobre esta disposición de derecho fundamental, el Tribunal Constitucional ha sostenido en forma reiterada que este derecho “(...) ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo.

Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., mientras que entre los segundos se

---

<sup>90</sup> A. PLÁCIDO, Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 190

encuentran la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación, etc.” (STC 2223-2005-HC, STC 05829-2009-AA/TC y STC 4509-2011-AA).

Bajo esas consideraciones, teniendo en cuenta la verdad biológica del padre, el interés superior de las menores y el deseo de tener a las hijas, así como la convivencia que mantienen los esposos David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, ampara la demanda de amparo, en consecuencia declara nulas las Resoluciones Registrales: 299-2016-ORSBORJJR10LIM-GOR/RENIEC y 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR-RENIENC, dispone la anulación de las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885 y ordena a RENIEC que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R, donde conste como sus apellidos (paterno y materno), los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau.

Esta sentencia ha sido apelada por el RENIEC, sin embargo, la Sala Superior confirmó la sentencia bajo los mismos argumentos, la misma que ha quedado consentida, pues esta no ha sido recurrida.

De modo que, **podemos concluir señalando que en el presente caso el Juez del Proceso, así como la Sala Superior, para determinar la filiación de las menores nacidas mediante el procedimiento de maternidad subrogada ha utilizado los criterios de verdad biológica del padre (es padre biológico), el Interés Superior de las niñas y el deseo de tener hijos, lo que también es confirmada por la convivencia de hijas y padres que mantienen los menores con los esposos David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau.**

## **2.6. Caso de los chilenos Jorge Tovar y Rosario Madueños**

Jorge Tovar y Rosario Madueños son una pareja de nacionalidad chilena que no podían tener hijos, por cuanto Rosario Madueños no podía concebir, por ello, acuden a la técnica de fertilización in vitro y maternidad subrogada.

Ellos decidieron hacerse el tratamiento en Lima, en la Clínica del Dr. Luis Noriega, para lo cual consiguieron dos óvulos donados que fueron fertilizados con espermatozoides de

Jorge Tobar (padre biológico), esposo de la pareja. La persona que ha gestado a las menores es una ex enfermera de la Clínica Concebir de nombre Isabel (madre gestante).

Fruto de este procedimiento, el 28 de julio del 2018 nacen dos niños, por lo que la madre gestante entregó a los menores a los padres solicitantes, Jorge Tovar y Rosario Madueños quienes, con los bebés en brazos, regresaban a Chile, sin embargo, el 25 de agosto del 2018 fueron detenidos en el aeropuerto Jorge Chávez, por cuanto en su registro de ingreso no registraban entrar con hijos, sin embargo, al salir, tenían en brazo dos menores, por lo que surgió la desconfianza.

Como se señaló en un reportaje de la Televisión Peruana América Noticias: “Algo no encajaba en los documentos: los niños, inscritos con los apellidos de ambos, habían nacido el 28 de julio, pero la pareja había ingresado al Perú al día siguiente. Entonces, Rosario les explicó a los agentes que ella no había dado a luz a los niños, pero que estos eran hijos suyos y de su esposo”<sup>91</sup>.

Sin embargo, los agentes no entendieron, debido que estas situaciones aún no son casos muy comunes en nuestro país, por lo que la pareja fue detenida.

Luego la pareja fue recluida acusados de falsificación de documentos y trata de menores en su modalidad de venta de niños, fueron separados de sus hijos recién nacidos y privados de su libertad, por cuanto el Poder Judicial ordenó 12 meses de prisión preventiva para la pareja chilena.

Esta situación ha sucedido por cuanto en el presente caso se contraviene con el **Artículo 7°** de la Ley General Salud que señala “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona.

---

<sup>91</sup> AMÉRICA NOTICIAS. Vientre de alquiler: Enfermera que llevó el embarazo da más detalles. Noticiero Cuarto Poder. Del 09 de setiembre del 2018.



Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos”. Pues, en este caso no se cumple con los requisitos exigidos por la norma señalada.

Ya estando reclusos la pareja chilena, en base a los argumentos elaborados sobre todo por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema para situaciones relacionadas con el tema de técnicas de reproducción asistida y el delito de trata de personas, habiéndose demostrado en base a prueba de ADN practicados a los niños, que Jorge Tovar era padre biológico de los niños, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Callao revocó, el sábado 08 de setiembre del 2018, la detención preventiva y ordenó la inmediata liberación de los esposos chilenos, al desestimar el delito de trata de personas que se les imputaba por haberse verificado la filiación con los dos bebés concebidos mediante vientre de alquiler.

Sin embargo, la pareja chilena todavía no puede salir del Perú hasta que se esclarezca completamente la situación, sobre todo respecto al delito de falsificación de documentos.

Frente a este caso todavía no podemos afirmar cuales son los criterios que el Poder Judicial u otra institución competente utilice para poder determinar la filiación de los menores, por cuanto es un proceso que aún no ha concluido. Sin embargo, observamos que en todo momento se invocan los principios de la verdad biológica, por ser Jorge Tovar padre biológico de los menores, el Principio de Interés Superior del Niño a fin de garantizar su normal desarrollo en el seno de una familia y la voluntad de procrear, o el deseo de tener esos hijos, por lo que también los menores fueron entregados inmediatamente a la pareja para reestablecer la convivencia.

### **3. CRITERIOS PARA ESTABLECER LA FILIACIÓN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA**

Como ya señalamos en el Capítulo II, en condiciones normales o naturales, en la determinación de la filiación de paternidad prima el criterio biológico, por lo que a través de la prueba de ADN se puede impugnar la paternidad o el reconocimiento de un hijo o una hija, y en caso de la felicitación de maternidad prima el principio *mater semper certa est*, por lo que la mujer que gestó al niño o a la niña (la que llevó el embarazo) se convierte en madre, por ello el Código Civil peruano a través de su Artículo 371° solo permite la impugnación de maternidad en caso parto supuesto o suplantación del hijo, dejándonos entender que en cualquier otro caso, la madre es la que gestó al menor.

Sin embargo, con el avance de la ciencia y la tecnología, estas han variado, por ejemplo, en el caso de la maternidad subrogada, donde ya no es suficiente solamente apegarnos a los criterios señalados.

A nivel de nuestra jurisprudencia, encontramos varios casos referidos a la práctica de la técnica de reproducción asistida, y con ello el caso de la maternidad subrogada, en los cuales los Jueces, los Vocales de las Salas Superiores o Salas Supremas han desarrollado ciertos criterios para determinar la filiación del menor o la menor nacido (a) por maternidad subrogada.

Entre esos criterios empleados encontramos la mediación de la verdad biológica, al menos de uno de los padres, el respeto y salvaguarda del Principio de Interés Superior del Niño y la psicoafectividad o deseo de la madre de tener su hijo (a), que se ve plasmado en la convivencia de las parejas (que desearon tener un hijo o una hija) con los menores nacidos por maternidad subrogada.

Pasaremos a referirnos a cada uno de estos criterios a que hemos hecho referencia:

#### **3.1. La verdad biológica**

Varsi Rospigliosi señala que la verdad biológica está referida a la “*transferencia de genes entre progenitores y generados, favor veritatis. Utiliza el presupuesto biológico o*

*genético de la filiación, dejando de lado el aspecto social. El sistema legal tiende a ello, favoreciendo la determinación de la filiación conforme a la realidad biológica. Se sustenta en el vínculo biológico, el ADN”<sup>92</sup>.*

Es decir, la verdad biológica está referida al origen biológico de una persona. En campo de los derechos del niño, está referido al nexo biológico existente entre un niño o niña con sus progenitores biológicos, que normalmente se determina a través de una prueba de ADN.

La determinación de ese nexo o vínculo ayuda a identificar a una persona, sobre todo niño o niña, con sus ascendientes y descendientes. Es decir, este nexo biológico es la base de la filiación y formador de la identidad de la persona.

Siendo la verdad biológica parte integrante de la identidad, es derecho de toda persona conocer esa verdad biológica. En nuestro país el Código de Niños y Adolescentes, en su **Artículo 6°**, reconoce que *“el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos”*.

Con ello nos deja en claro la importancia de que una persona conozca su verdad biológica o genética, pues es indispensable para que pueda construir su propia identidad.

Actualmente, con el avance de la ciencia, se hace cada vez más fácil averiguar la verdad biológica sobre la filiación de una persona, pues se ha hecho más fácil averiguar quién es el verdadero progenitor acudiendo a la prueba de ADN, aunque ello también abre puertas a nuevos problemas para la humanidad.

Por ejemplo, a pesar que existe la presunción de paternidad del hijo matrimonial, hoy esto ya se ha relativizado, pues mediante la prueba de ADN podría llegarse a saber la situación exacta de la identidad del padre.

---

<sup>92</sup> E. VARSİ ROSPIGLIOSI. Determinación de la filiación en la procreación asistida, en JUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Nueva Época Vol. 11, No. 39. México, Enero – junio de 2017. P. 115.

Con dicha prueba, se puede iniciar un proceso de impugnación de paternidad por parte del esposo que debe rechazar el vínculo con el hijo de su esposa. Asimismo, también se puede usar para dar inicio del proceso de reconocimiento de paternidad por parte del padre biológico.

En ese sentido, es una necesidad que nuestra legislación avance en esa dirección, haciendo que la búsqueda de la verdad biológica sea prioritaria en la búsqueda de la identidad y la filiación de una persona, sobre todo cuando aún son niños o niñas.

Si bien es cierto que los avances científicos han otorgado confort y satisfacción de muchos deseos a la humanidad, entre ellos el deseo de ser padre o madre para aquellos que por años no han podido tenerlos, también han traído complicaciones, por ejemplo, en los casos de inseminación artificial o fecundación in vitro heterólogas, aún más si interviene una madre sustituta, donde no es fácil determinar la identidad del niño o niña nacido mediante este procedimiento.

En ese sentido, en el caso de los niños nacidos mediante los procesos de maternidad subrogada, debe priorizarse que este niño permanezca con su padre o su madre biológica, o al menos uno de los que reclaman la paternidad del menor tenga nexo biológico con el menor, con ello se garantiza que este menor siempre será familia en ese hogar a la cual va pertenecer.

A pesar de ello, como señala Rubio Correa *“los hijos nacidos mediante las técnicas artificiales de reproducción humana tienen el derecho a conocer la identidad de sus progenitores, al amparo de la Constitución, facultad que está por encima de las decisiones de quienes lo engendraron, pues la identidad es un derecho estrictamente personal que no se podría negar invocando la intimidad”*<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> M. RUBIO CORREA. Entrevista citada por Rodríguez-Cadilla Ponce, Rosario. Derecho Genético: Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Su trascendencia jurídica en el Perú, Editorial San Marcos, 1997, p. 163-164.

En ese sentido, como señala Soto Lamadrid *"la esencia original de la filiación es el vínculo biológico"*<sup>94</sup>, ello es así, porque la verdad biológica se sustenta en la transferencia de los genes entre padres e hijos, la favor veritatis, que significa aceptar que el vínculo paterno filial se establece con dicha transferencia y se comprueba la existencia del nexo biológico entre padre e hijo, que generalmente implica la protección del interés superior de los hijos y el cumplimiento de los deberes de los padres respecto a sus hijos.

En el caso de las resoluciones judiciales analizadas, considero adecuado el criterio adoptado por los Juzgados y las Salas Supremas de nuestro país, de tomar como un criterio fundamental la verdad biológica para determinar la filiación de un menor nacido mediante el procedimiento de maternidad subrogada, entregando a los niños o niñas en mérito a que ambos o al menos uno de los reclamantes de paternidad o maternidad tenga nexo biológico con el menor.

### **3.2. El interés superior del niño**

Como sabemos en la maternidad subrogada, una mujer gesta un bebe genéticamente ajeno para otra, generalmente por pago, con la condición de desligarse de la criatura al nacer y entregárselo a la madre contratante, para que ella pueda criar en lo sucesivo.

De esta manera, en los procedimientos de maternidad subrogada no solo están involucradas las personas mayores de edad y los instrumentos, sino básicamente la vida de un niño o una niña, o niños (as) en algunos casos.

La vida del niño que va a nacer se ve afectada para bien o para mal desde el momento de la concepción, sea que éste haya sido por medio de inseminación artificial o in vitro.

Después de la concepción, durante el desarrollo en el vientre de la madre sustituta, también es la vida del niño conjuntamente a la de la madre gestante que está expuesto a cualquier riesgo.

---

<sup>94</sup> M. A. SOTO LAMADRID. Bioética, Filiación y delito: la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho, Editorial Astrea, Argentina, 1990, p. 46.

Una vez nacido, es la vida del (a) niño (a) y sus derechos las estarán en juego, entre ellos la determinación de su filiación y con ello su identidad personal, por lo que, cualquier intervención sobre su vida o sus derechos deberá hacerse cuidando su interés superior.

Justamente por ello es que en los procesos judiciales analizados, referidos a casos de maternidad subrogada, los Jueces de primera instancia y vocales de las salas superiores y supremas para determinar la filiación del niño o niña nacida mediante las técnicas de procreación asistida, caso de maternidad subrogada, invocan el Principio de Interés Superior del Niño, por cuanto no solo es señalar si está bien o mal la aplicación de estos procedimientos, sino sobre todo de cuidar la vida y los derechos de estos niños o niñas que han nacido mediante este procedimiento.

El Principio de Interés Superior del Niño y adolescente, como sabemos, implica una consideración prioritaria y primordial al máximo beneficio integral de un menor, en todas medidas adoptadas por las distintas instituciones públicas o privadas donde se encuentren involucrados niños, niñas y/o adolescentes; ello en razón a su manifiesto estado de vulnerabilidad natural que los colocan en una situación de indefensión.

Dicha vulnerabilidad natural de todo menor de edad, ha conllevado la imperiosa necesidad de cautelar sobremanera sus derechos, llegando al punto de priorizar los mismos ante cualquier conflicto de derechos tutelados e intereses que se presenten y pretendan anteponerse.

La importancia de cuidar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes ha hecho que el Principio de Interés Superior del Niño haya recibido respaldo normativo tanto a nivel internacional como nacional.

La Convención sobre los Derechos de los Niños en su Artículo 3, párrafo 1, expresamente lo ha señalado que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Es decir que el interés superior del menor es una ‘consideración primordial’ a entender por las instituciones públicas o privadas, en todas las medidas concernientes a los niños, ergo, alcanza a las clínicas y su personal en los casos de maternidad subrogada, como también a los tribunales de justicia y demás instituciones como RENIEC, hospitales, entre otros que tienen que ver sobre la filiación y la identidad de los menores nacidos mediante esta técnica.

En ese sentido, el interés superior de los niños y adolescentes, incluido del concebido, por cuanto conforme a nuestra legislación el concebido es considerado niño, pues como tiene establecido el Código de Niños y adolescentes en su Artículo 1° “se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad”, constituye una exigencia constitucional de que el interés superior del niño y sus derechos deben ser de primordial consideración en cualquier medida concerniente al niño.

La protección constitucional del niño y del adolescente radica en la especial situación de vulnerabilidad e indefensión en que dichos menores de edad se encuentran por su propia condición biológica y evolutiva, es decir, en plena etapa de crecimiento y formación integral.

Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia norma fundamental (Artículo 4), debe ser especial en la medida en que un niño o adolescente no se constituye en una parte más en el proceso, sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso.

Asimismo, tal atención debe ser prioritaria pues el interés superior del niño y del adolescente tiene procedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> STC, Exp. N° 03744-2007-PHC/TC. F.J. 5.

Lo dicho justifica la creación y consecuente aplicación práctica del principio del interés superior del niño y adolescente en todos los temas en los que los menores de edad estén vinculados de forma directa o indirecta.

Por lo que nuestras normas legales también han precisado en ese sentido, como es el caso del Código de Niños y Adolescentes, que en el Artículo IX de su Título Preliminar se señala que *“en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los gobiernos regionales, gobiernos locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”*<sup>96</sup>, y respecto a esta norma, se ha dado la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, a fin de optimizar su aplicación en las distintas instancias públicas y privadas donde se vean involucrados los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y en el caso de la maternidad subrogada y demás procedimientos conexos, su aplicación deben garantizarse tanto a nivel de las instituciones particulares como clínicas, hospitales y su personal, así como en las instituciones públicas como el RENIEC, Poder Judicial y demás instituciones que intervengan.

En ese sentido, en el ámbito de las prácticas de maternidad subrogada, una vez nacido el niño o niña, éstos son entregados a la madre contratante o a los padres contratantes, para que ellos convivieran con el niño o niña. Allí comienzan los problemas, por cuanto al haber dado a luz, la madre gestante (madre sustituta), en el hospital se le inscribirá a esta como madre, sin embargo, ella no va tener al niño o a la niña, pues lo entregará al hogar de los padres contratantes, y es en ese momento que surge el problema ¿cómo queda la filiación del menor o la menor?

Así, la identidad del niño o niña en algunos casos o más de uno se ve afectada. Como sabemos, el Derecho a la Identidad incluyen los nombres y apellidos, la nacionalidad, el derecho a conocer a sus padres, puesto que son derechos de las personas desde su

---

<sup>96</sup> Código de Niños y Adolescentes, 2000, Artículo IX del Título Preliminar.



nacimiento y son derechos reconocidos y protegidos tanto en el ámbito nacional como internacional.

Para ello, los niños o niñas necesariamente deben estar inscritos en el Registro Civil correspondiente. Sin embargo, en los casos de los niños nacidos por maternidad subrogada, se ha convertido en un problema que afecta el interés superior del menor y que ha llegado a los Tribunales para ser resueltas.

En ese sentido, el Principio del Interés Superior del Niño constituye un valor especial y primordial, y por ende los derechos fundamentales del menor, el derecho a su dignidad como persona y ser humano, adquieren fuerza normativa superior no solo en lo que respecta a la elaboración o modificación de normas, sino también en la aplicación de las mismas, es que en la determinación de la filiación del niño o niña nacida en un proceso de maternidad subrogada debe tenerse por prioridad este interés superior del menor, garantizando incluso la estabilidad de esa filiación ya declarada y la seguridad jurídica para el niño y los intervinientes en dichos procesos.

Por lo tanto, en nuestro caso, es un criterio válido que los Jueces para determinar la filiación de los niños y niñas nacidos (as) en el caso de maternidad subrogada se haga pensando en el interés superior del menor. No podemos quedarnos reclamando la prohibición de la maternidad subrogada o la ovodonación, cuando esos casos ya se han dado, en esas condiciones lo que debe preocuparnos es como proteger el interés superior del niño.

### **3.3. La psicoafectividad. Deseo de ser madre**

En la determinación de la filiación prima mayormente el principio biológico que se sustenta en la verdad biológica. El padre y la madre son aquellos que transfirieron sus genes. Sin embargo, hay casos en los que viene abriéndose paso el principio voluntarista o psicoafectividad, por ejemplo, en el caso de la filiación por adopción, donde más prima el deseo de ser padre o madre y la socioafectividad que nace de la convivencia de los

adoptantes y el adoptado o la adoptada. Similar situación viene dándose en los casos de procreación asistida.

De manera que en nuestros tiempos ya no solo se habla de padres y madres biológicos, sino también de padres psicológicos, aquellos que son los encargados del cuidado del niño o niña, como por ejemplo en los casos de adopción, y se vienen dando en los casos de procreación asistida, sobre todo en el caso de la maternidad subrogada, los niños no necesariamente viven con sus padres biológicos, sino con aquellos que ha tenido el deseo de tenerlos como hijos, a lo que se le ha llamado voluntad procreacional.

La voluntad procreacional sería, como señalan Medina y Roveda, *“la filiación que surge de la intención de ser padres independientes del nexo biológico y es una de las consecuencias de reproducirse sin sexo”*<sup>97</sup>, por lo que esta constituiría un “elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando ésta se ha producido por técnicas asistidas de procreación”<sup>98</sup>.

Por ello, en los casos de maternidad subrogada, para determinar la filiación de los niños o niñas que nacen mediante esta técnica, “el principio voluntarista se sobrepone a la verdad biológica, considerando que esta no es un valor absoluto, si se toma en cuenta las relaciones fácticas y el deseo de las partes”.

Favor affectionis vs. favor veritatis. Prima la voluntad y la responsabilidad, reafirmandose al padre de derecho<sup>99</sup>, sin embargo, creemos que esta situación se debe valorar caso por caso, más no tomarlo como una regla general.

Esta son las consideraciones que también ha tenido en cuenta los Juez de primera instancia, de las Salas Superiores y supremas de nuestro país, para determinar la filiación del menor, pues en la mayoría de las sentencias analizadas han valorado la relación afectiva que se ha formado entre los menores y los padres.

---

<sup>97</sup> G. MEDINA y E. G. ROVEDA, Manual de Derecho de familia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 514

<sup>98</sup> E. A. SAMBRIZZI, La filiación en el Código Civil y Comercial la procreación asistida, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 68.

<sup>99</sup> E. VARSİ ROSPIGLIOSI. Determinación de la filiación en la procreación asistida. Cit. p. 116.

Ello nace con el desear. Si una mujer desea tener su hijo, éste se prepara para poder recibir, cuidarla y protegerla. Mientras que, si una mujer no desea, entonces esta no se interesará como madre del cuidado y la protección del menor.

En el caso de la maternidad subrogada, por ejemplo, la mujer que presta o alquila su vientre, no desea tener su hijo, lo que desea es tener un hijo o una hija para entregárselo a otra persona, ya sea altruistamente sin fines de lucro y en otros casos con fines de lucro.

En este caso no hay ese deseo de tener un hijo o una hija, por lo tanto, es muy difícil que se establezca una relación afectiva. En estos casos las madres sustitutas o incubadora de hijos, generalmente termina entregando a los padres contratantes el hijo o la hija que ha gestado, por lo que no se forma ningún lazo de afectividad.

Por otro lado, los padres contratantes son aquellos que tienen la mejor predisposición para velar por el desarrollo integral del niño o niña, darle una familia y por el cuidado de los mismos, sin embargo, volvemos a recalcar, ésta no debe ser una regla general, sino un criterio a tener en cuenta.

Creemos que la psicoafectividad es un criterio muy importante a tener en cuenta, sin embargo, su valor será útil siempre y cuando se conjugue con el criterio de verdad biológica y el Principio de Interés Superior del Niño, toda vez que creemos que, para garantizar el adecuado desarrollo del niño y la legalidad de estos procedimientos, al menos uno de los contratantes debe ser padre o madre biológica y evaluarse caso por caso la garantía y vigencia del interés superior del niño y adolescente. De lo contrario, podríamos estar avalando actos o hechos indebidos o contrarios a la moral, incluso hasta ilícitos penales.

En ese sentido, en nuestro caso, los Jueces para determinar la filiación de los niños y niñas nacidos (as) por el procedimiento de maternidad subrogada, también deben valorar la psicoafectividad, la relación biológica con los padres o al menos con uno de ellos y el resguardo del Interés Superior del Menor. Por lo que creemos que es correcta la forma como han procedido los Jueces, valorando de una manera conjunta la concurrencia de estos criterios.

### **3.4. La identidad de los niños**

La identidad no es precisamente un criterio que tiene que tenerse en cuenta para determinar la filiación del niño, niña o adolescentes nacidos por el procedimiento de maternidad subrogada, sino es la base o la sustancia misma de la filiación.

Ese derecho a la individualidad, a conocer tus orígenes genéticos e históricos, o simplemente a sentirse reconocido o parte de un conjunto de personas con rasgos comunes que las identifican (denominado familia), es parte del derecho a la Identidad que posee cada persona.

La identidad no solo implica quienes son sus padres, sino implica mucho más que ello. Por eso se habla de una doble dimensión de la identidad de una persona: identidad estática y dinámica.

Como señala la Corte Suprema “la protección de la faz estática de la identidad está restringida a la identificación: fecha de nacimiento, nombre, apellido, estado civil y que el aspecto dinámico es más amplio e importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos que también constituyan a delimitar la personalidad de cada sujeto.

Actualmente con la variedad cultural y las múltiples situaciones familiares que se viven la identidad dinámica de las personas no es fácil de señalar, sin embargo, conocer la identidad biológica o genética de la persona, con la ayuda de la ciencia y la tecnología, es mucho más fácil, pues mediante la prueba de ADN se puede determinar con relativa facilidad quien es el progenitor biológico, aunque obstaculiza ello el anonimato de los donantes, lo que debe cambiar, por razones éticas y médicas.

En ese sentido, podemos concluir diciendo que el derecho a la identidad no es unidimensional, es decir, no puede ser interpretado solo como el derecho a obtener un documento de identidad, sino, por el contrario, implica la necesidad de garantizar al

individuo el ejercicio de la personalidad en función de la designación de un nombre y apellidos que si bien integran su documento de identidad, entrañan características físicas y psicológicas de una determinada persona, es decir de su padre biológico.

En este orden de ideas, podemos válidamente sostener que la identidad constituye el conjunto de características físicas, psicológicas, emocionales y de comportamiento que individualizan y diferencian a una persona de otra. Ello implica la existencia de un vínculo de naturaleza físico-somática entre la representación corpórea de la persona y su psiquis interna, son elementos que configuran la identidad.

### **Posición personal frente a los criterios adoptados en los Juzgados y Salas para establecer la filiación en la maternidad subrogada**

Con el avance de la ciencia y la tecnología se ha puesto en conocimiento de la humanidad las Técnica de Reproducción Humana Asistida (TERA), técnicas para ayudar a procrear a las parejas (varón y mujer) con problemas de fertilidad.

Entre estas técnicas, en el caso de la Fecundación extracorpórea encontramos a la llamada maternidad subrogada o también conocida como vientre de alquiler, donde interviene el tercero la madre sustituta o portadora, que presta su vientre sin que sus gametos estén involucrados.

Por ello, matrimonios en los cuales la mujer no puede gestar a un niño, han accedido a la maternidad subrogada como solución a su problema, sin embargo se genera otro problema, en este caso ya no para la mujer que no puede gestar, sino para el niño o niña que nació, donde al no concordar su identidad genética con el de la madre o del padre solicitante, o con lo de ambos solicitantes, por lo que se tiene que someter a un proceso de filiación ante los tribunales para determinar quién es la madre del recién nacido, ya que al momento de su nacimiento se registra como madre a quien lo gesta y se desconoce a la madre biológica.

En ese sentido nuestra atención solamente estaba concentrada en los criterios de filiación utilizados por los Juzgados y las Salas del Poder judicial en los procesos sometidos a su

conocimiento, pues en nuestro país la maternidad subrogada se ha practicado en varias ocasiones a través de un contrato, sin embargo, no hemos abarcado el tema contractual ni la licitud del mismo.

Asimismo, la investigación no ha tenido como propósito otorgar legalidad o legitimidad de las TERAS en el ordenamiento jurídico peruano sino los criterios utilizados para determinar la filiación de los niños o niñas nacidos a través de la maternidad subrogada.

Como se ha visto en las sentencias analizadas, en los diferentes Juzgados y Salas Superiores y Supremas, los Jueces para establecer la filiación de los niños y niñas en los casos de maternidad subrogada han empleado los criterios de verdad biológica, el Principio de Interés Superior del Niño y el deseo de ser madre.

Por lo tanto, en los casos vistos los criterios aplicados son válidos. Sin embargo, quisiéramos dejar en claro que como primer criterio y fundamental para determinar la filiación del niño o niña nacido por maternidad subrogada debe ser la verdad biológica (que guarde nexo biológico con los padres o al menos con uno de ellos), la que debe conjugarse con el Principio de Interés Superior del Niño (no debe preocuparse primero por los padres, sino por el niño o niña) y finalmente debe valorarse la psicoafectividad, que nace de la relación o convivencia que mantiene los padres con el hijo o hija. Por ello creemos que es correcto la forma como han procedido los Jueces, valorando en ese orden la concurrencia de estos criterios.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** El Artículo 7° de La Ley General de Salud, como hemos visto a lo largo de esta investigación, señala que toda persona tiene el derecho de recurrir a tratamientos para su infertilidad, pueden procrear a través de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga en la misma persona, permitiendo así la práctica de estas técnicas solo cuando la madre genética y gestante es la misma persona, existiendo vacío normativo para casos de maternidad subrogada cuando la madre gestante no coincida con la madre biológica, que en la realidad de los hechos se dan, casos en que se ha generado serios problemas con la filiación del niño o niña, reconociéndose como madre a la madre biológica, a pesar que nunca quiso ser madre y que el niño o niña vive con la madre subrogada que deseo ser madre.

**SEGUNDA:** La filiación, entendida como la relación que vincula a una persona con sus ascendientes y descendientes, y en forma restringida como vínculo entre padres e hijos, en los casos de niños y niñas nacidos por maternidad subrogada, casos ya existentes o que se han visto a nivel Juzgados y Salas, es de tener como padres, a la pareja donde al menos uno de ellos tiene nexos biológicos con el niño o con la niña, probándose este nexo con la prueba de ADN.

**TERCERA:** Los criterios de filiación que fueron utilizados en los casos ya existentes, o se han visto en los Juzgados, Salas Superiores y Salas Supremas de nuestro país, es reconocer al niño o niña como hijo de los padres (en todos los casos presentados son sociedades conyugales, la verdad biológica) en algunos casos es la verdad biológica, valorando el vínculo biológico que mantiene el niño con uno de los miembros de la pareja, comprobándose mediante prueba de ADN; en otros casos prevalece el Interés Superior del Niño; y en la mayoría de casos se tiene en cuenta el criterio de Psicoafectividad o el deseo de ser madre, materializándose estos criterios con la convivencia que mantienen con el infante desde que la madre subrogada entrega al menor al nuevo núcleo familiar.

**CUARTA:** En los Juzgados, Salas Superiores o Salas Supremas los criterios que se deben establecer para determinar quién es la madre del niño en los casos de maternidad subrogada

deben ser: 1) la verdad biológica (nexo biológico); 2) el Interés Superior del Niño y; 4 3) el deseo de ser madre (picoafectividad), por lo que, si cumple con estos criterios, en los casos de maternidad subrogada, se deberá de inscribir como madre del recién nacido a la madre que buscó concebir, que podrá ser llamada madre biológica si es quién otorgó sus gametos, o madre social o psicoafectiva si no comprometió su material genético.

**QUINTA:** Consideramos que debe modificarse el Artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud, regulando adecuadamente los alcances de dicha norma referido a la práctica de las técnicas de reproducción asistida, sobre todo en la modalidad de maternidad subrogada, acordes con el avance de la ciencia y la tecnología, toda vez que la regulación actual es muy genérica e imprecisa, por lo que es necesario establecer expresa y taxativamente los supuestos y/o parámetros específicos de procedencia, a fin de evitar las prácticas inhumanas y pro lucro que afectan la dignidad de la persona humana que es el fin supremo de nuestro Estado y de la sociedad.

Mediante un Proyecto de Ley, se sugiere modificar el artículo 7° de la Ley General de Salud, Ley N° 26842, la cual regularizará y delimitará la maternidad subrogada gestacional o parcial y será en forma altruista. Por lo que el texto quedaría de la siguiente manera:

**“artículo 7°. -** *Todo ciudadano peruano tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida. La condición de madre genética y de madre gestante podrá recaer sobre la misma persona o sobre una tercera persona de nacionalidad peruana, cuando se demuestre que, dentro del matrimonio o unión de hecho, uno de los padres volitivos o psicoafectivos presenten problemas de infertilidad, diagnóstico corroborado con informe suscrito por médico especializado en la materia. Por lo que, la participación de la madre gestante debe ser voluntaria y de forma altruista conforme a los artículos 6°, 43°, 44° y el 140° del Código Civil Peruano, evitando así la comercialización de gametos femeninos y masculinos y actos que favorezcan el tráfico y la trata de personas en cualquiera de sus formas; para este fin, se llevará un registro de las mujeres voluntarias en subrogar su vientre.”*



## BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR LLANOS, B., *La Familia en el Código Civil peruano*, Ediciones Legales, Lima, 2013, 1ª Ed.

AGUILAR LLANOS, B., “*Interés Superior del Niño: Criterio predominante y prioritario orientado a resolver conflictos de derecho*”. En: Revista Gaceta Constitucional. Tomo 35, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

ARIAS, J., *Derecho de Familia*. Editorial Kraft Limitada, Buenos Aires, 1952.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max., “*Genética y Derecho*”, en El Comercio, domingo 17 de noviembre de 1985.

BALLESTEROS, J. y FERNÁNDEZ, E., *Biotecnología y pos humanismo*, editorial Aranzadi, Navarra, 2007.

BORDA, G. A., *Manual de Derecho de Familia*. 12º Edición, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002.

BOSSERT, G. y ZANNONI, E., *Manual de Derecho de Familia*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.

BUSTAMANTE OYAGUE, E., “*Contestación de la paternidad*”, en Código Civil Comentado, Gaceta jurídica, Lima, 2005, 1ª Ed.

CALDERON BELTRAN, J. E., *La Familia Ensamblada en el Perú*, Andrus Editores, Lima, 2014, 1ª Ed.

CHUNGA LAMONJA, F., *Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos*. GrijLey, Lima, 2012.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Artículo 3, párrafo 1)*. Naciones Unidas, 29 de mayo del 2013.

CORNEJO CHAVEZ, H. *Derecho familiar peruano, Tomo I*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1999, 5ª Ed.

DE GASPARÍN, G., “*Dignidad de la persona humana*”, p. 1, Disponible en Web: <https://es.scribd.com/doc/3282900/LA-DIGNIDAD-DE-LA-PERSONA-HUMANA-por-Rafael-de-Gasperin-Gasperin>

DIAZ DE GUIJARRO, E., *Carácter personalísimo de la voluntad humana creadora del acto jurídico filial*, J.A.

ESPINOZA, J., *Derecho de las personas, Concebido y personas naturales*, Ediciones Iustitia, Lima, 2014.

ELIZARI BASTERRA, J., *Bioética*, Ediciones Paulinas, España, 1991.

FERNANDEZ SESSAREGO, C., “*Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar*”, en *Constitución Política Comentada*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, 1ª Ed.

FERNANDEZ SESSAREGO, C. *Derecho a la identidad personal*, Instituto Pacífico, Lima, 2015, 2ª Ed.

FERNANDEZ SESSAREGO, C. *Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*, Studium, Lima, 1986.

FERNANDEZ SESSAREGO, C., “*Los embriones de Melbourne*”, en *El Comercio*, Domingo 17 de noviembre de 1985.

GALLEGOS CANALES, Y. y JARA QUISPE, R., *Manual de Derecho de Familia*, Jurista Editores, Lima, 2014.

GARCÍA TOMA, V. “*La Constitución y la dignidad de la persona humana*”, en *Revista Anual de Alerta Informativa*, Lima, 2012.

JOSSERAND, L., *Derecho Civil, Regímenes matrimoniales*, Tomo III, Ediciones jurídicas europea-americana, Buenos Aires, 1951.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Hijos artificiales y madre de alquiler*. ABC, Madrid, 1987.

LAMM, E., *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Ediciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 2013, 1ª Ed.

LASARTE, C., *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*. Tomo VI, Marcial Pons, Madrid, 2010, 9ª Ed.

LLOVERAS, N. *Nuevo régimen de adopción*, Ley N° 24 779. Depalma, Buenos Aires, 1998.

MEDINA, GRACIELA y ROVEDA, EDUARDO GUILLERMO, *Manual de Derecho de familia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016.

MIR, L. “*La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada*”, en *Revista Red bioética/UNESCO*, Vol. 1, N° 1 pp. 178.

PAPA FRANCISCO. “*Mensaje para el I Congreso Latinoamericano de Pastoral Familiar que se realiza esta semana en Panamá*”. Agosto, 2014.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, A., *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2001.

PLACIDO VILCACHAGUA, A. *Relación jurídica de la familia*, en *Código civil Comentado*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2010. 1ª Ed. 3ª Reimpresión.

PLACIDO VILCACHAGUA, A., “*Los principios constitucionales de la regulación jurídica de la familia*”, en *Actualidad Jurídica*, Tomo 173, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.

PLÁCIDO VILCACHAGUA A., *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 190

PERALTA ANDÍA, J. R., *Derecho de Familia en el Código Civil*, Idemsa, Lima, 4ta. Edición.

PEYRANO, G., *Bioética, Dignidad y Derecho*, en *Revista JA*, Tomo III, España, 2003.

RAMOS PAZOS, R., *Derecho de familia*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

RUBIO CORREA, M. *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Pontificia Universidad católica del Perú, Lima, 1999.

RUBIO CORREA, M. *Para conocer la Constitución de 1993*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2012, 3ª Ed

RUBIO CORREA, M. *Derecho Genético: Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Su trascendencia jurídica en el Perú*, Entrevista, Editorial San Marcos, Lima, 1997.

SAMBRIZZI, EDUARDO A., *La filiación en el Código Civil y Comercial la procreación asistida*, Buenos Aires, La Ley, 2016.

SANTA MARÍA D'ANGELO, R., “*Bases antropológicas para una fundamentación de los derechos humanos*”, en *Revista de Investigación Jurídica*, Lima, 2011.

SOTO LAMADRID, M. A. *Bioética, Filiación y delito: la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, Editorial Astrea, Argentina, 1990.

TORRES FLOR, A., *Derecho a la Identidad y reproducción humana asistida Heteróloga*. Fondo Editorial Universidad Católica San Pablo, Arequipa, 2014.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E., *Tratado de derecho de Familia*, Tomo I, *Gaceta Jurídica*, Lima. 2011. 1ª Ed.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E., “*Determinación de la paternidad matrimonial*”, en *Código Civil Comentado*, Tomo II, *Derecho de Familia (Primera Parte)*, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2010, 1ª Ed. 3ª Reimpresión.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. “*Determinación de la filiación en la procreación asistida*”, en *JUS*, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*, Nueva Época Vol. 11, No. 39. Enero - junio De 2017.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial*, *Jurista Editores*, Lima, 2010.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E., *Derecho Genético*, Cuarta Edición, *GrijLey*, Lima, 2001.

ZANNONI, E., “*Adopción plena y derecho a la identidad personal*”, en A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, *Rubinzal Culzoni*, Buenos Aires, 2000.